نص خليل ....

متن الحطاب

كتاب البيوع: هذا أول النصف الثاني من هذا المختصر، وقد سبق في أول كتاب النكاح أن طريقة المتأخرين من المالكية أنهم يجعلون النكاح وتوابعه في الربع الثاني والبيع وتوابعه في الربع الثالث، والمعنى هذا باب يذكر فيه البيع وأحكامه، وباب البيع مما يتعين الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه إذ لا يخلو مكلف غالبا من بيع أو شراء فيجب أن يعلم حكم الله في ذلك قبل التلبس به، وقول بعض الناس يكفي ربع العبادات ليس بشيء. قاله في التوضيح، وقد تقدم في باب النكاح في كلام صاحب القبس عن القاضي الزنجاني أن البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم؛ لأن الله سبحانه خلق الإنسان محتاجا إلى الغذاء ومفتقرا إلى النساء وخلق له ما في الأرض جميعا كما أخبر في كتابه ولم يتركه سدى يتصرف كيف شاء باختياره إلى [آخر كلامه[1]] فيجب على كل [أحد[2]] أن يتعلم منه ما يحتاج إليه ثم يجب على الشخص العمل بما علمه من أحكامه ويجتهد في ذلك، ويحترز من إهمال ذلك فيتولى أمر شرائه وبيعه بنفسه إن قدر وإلا فغيره بمشاورته ولا يتكل في ذلك على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها لغلبة الفساد وعمومه في هذا الزمان، قال سيدي أبو عبد الله بن الحاج في المدخل في [فصل[3]] خروج العالم إلى قضاء حاجته في السوق: ينبغي له بل يجب عليه إذا اضطر إلى قضاء حاجته في السوق أن يباشر ذلك بنفسه، فإن فعل أتى بالسنة على وجهها وبرئ من الكبر، وإن عاقه عائق استناب من له علم بالأحكام في ذلك، وليحذر من هذه العوائد الرديئة التي يفعلها بعض من ينسب إلى العلم، فتجد بعضهم يبحث في مسائل البيوع في الربويات وغير ذلك في الدرس ويستدل ويجيز ويمنع ويكره فإذا قام أرسل إلى السوق من يقضي له الحاجة، صبيا صغيرا كان أو كبيرا أو عبدا أو جارية أو غيرهم ممن لا علم له بالأحكام الشرعية، وفي السوق ما قد علم من جهل أكثر البياعين بالأحكام الشرعية ومن الأشياء التي لا يجوز شراؤها. انتهى.

والبيع لغة مصدر باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه بعوض أو أدخله فيه فهو من الأضداد يطلق على البيع والشراء قال الله تعالى: ﴿ وشروه بثمن بخس ﴾ أي باعوه وقال ﴿ ومن الناس من يشري نفسه ابتغاء مرضات الله ﴾ وفي الحديث: {لا يبع على بيع أخيه(1)} أي لا يشتر على شرائه.

وقال ابن الأنباري في كتاب الأضداد: قال جماعة من المفسرين في قوله تعالى: ﴿ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ﴾ معناه باعوا الضلالة بالهدى،/ وذكر الزناتي في شرح الرسالة أن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل. قال: وهي أفصح وعلى ذلك اصطلح العلماء تقريبا للفهم، وأما شرى فيستعمل بمعنى باع ففرق بين شرى واشترى، والشراء يمد ويقصر. قاله في الصحاح، والبيعان والمتبايعان البائع والمشتري يقال لكل واحد منهما بيع وبائع ومشتر كما صرح بذلك القرطبي في شرح مسلم في بيع الخيار، ونصه: البيعان تثنية بيع وهو يقال على البائع والمشتري كما يقال كل واحد منهما على الآخر. انتهى.

222

وعرف بعضهم البيع لغة: بأنه إعطاء شيء في مقابلة شيء أو مقابلة شيء بشيء، ويقال باع الشيء

الحديث

(1)- لا يبيع بعضكم على بيع أخيه، البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث 2139، دار الفجر للتراث 2005.

- لا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له، مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، دار إحياء التراث العربي بيروت، رقم الحديث 1412.

---

[1] - في المطبوع آخره وما بين المعقوفين من عدود ص221 وسيد1 ويحيى1 وم84.

[2] - في المطبوع واحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص221 ويحيى1 وسيد1 وم84.

[3] - في المطبوع فضل وما بين المعقوفين من عدود ص221 وم84 ويحيى1 وسيد1.

نص خليل ....

متن الحطاب

يبوعه بوعا إذا قاسه بالباع وهو قدر مد اليدين. قاله في الصحاح. وهذا واوي العين والبيع يائي العين، وأبعت الشيء عرضته للبيع واستبعته الشيء أي سألته أن يبيعه مني، ويقال بايعته من البيع ومن البيعة هذا معناه لغة، وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام معرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان. قال ابن عرفة: ونحوه للباجي.

قلت: ومال المصنف في التوضيح إلى ما قاله ابن عبد السلام والباجي فقال إن الأقرب ما قاله ابن عبد السلام إن حقيقة البيع معروفة لكل أحد فلا تحتاج إلى حد، ولهذا -والله أعلم- لم يعرفه في هذا المختصر، ورد ابن عرفة على ابن عبد السلام والباجي فقال: قلت: المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره، ولا يلزم منه علم حقيقته حسبما تقدم في باب الحج. انتهى.

قلت: ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أنه عرفه بأنه دفع عوض في معوض قال: ويدخل تحته الصحيح والفاسد، ورأى بعضهم أن الحقائق الشرعية إنما ينبغي تعريف الصحيح منها لأنه المقصود بالذات، ومعرفته تستلزم معرفة الفاسد أو أكثره فقال: نقل الملك بعوض، ويعتقد قائل هذا أن البيع الفاسد لا ينقل الملك وإنما ينقل شبهة الملك. انتهى. ولفظة العوض في التعريفين توجب خللا فيهما لأنها لا تعرف إلا بعد معرفة البيع أو ما هو ملزوم للبيع. انتهى. وذلك لأن العوض هو أحد نوعي المعقود عليه، فمعرفته متوقفة على معرفة المعقود عليه توقف معرفة النوع على معرفة جنسه، وكذلك البيع فكل واحد منهما لازم وملزوم، ومعرفة أحدهما لازم لمعرفة الآخر، والمعقود عليه ملزوم للبيع؛ لأنه كلما وجد المعقود لزم وجود البيع؛ لأنه لا يكون معقودا عليه إلا بعد تقدم عقدين، فتوقفت معرفة العوض على معرفة البيع أو معرفة ما هو ملزوم للبيع وهو المعقود عليه، والفرض أن معرفة البيع توقفت على معرفة العوض لأنه أخذ في حده فجاء الدور. والله أعلم.

ويأتي الكلام على هذا الإيراد، وعزا ابن عرفة التعريف الأول لأحد نقلي اللخمي أن البيع التعاقد والتقابض. [واعترض[4]] عليه في تركه التعقب عليها بغير ما ذكر، والتعريف الثاني للمازري والصقلي، وتعقبهما بأن الأول لا يتناول غير بيع المعاطاة، وأن الثاني لا يتناول شيئا من البيع؛ لأن نقل الملك لازم للبيع وأعم منه لأنه ينتقل بغيره كالصدقة والهبة، وكونه بعوض يخصصه بالبيع عن الهبة والصدقة، ولا يصيره نفس البيع. قال: ويدخل فيه النكاح والإجارة. وفي تتمات الغرر من المدونة: من قال أبيعك سكنى داري سنة فذلك غلط في اللفظة وهو كراء صحيح. قال: وقوله العوض أخص من البيع يرد بأنه أعم منه لثبوته في النكاح وغيره، وتقدم لابن بشير: النكاح عقد على البضع بعوض، وقال ابن سيده: العوض البدل ونحوه. قال الزبيدي: يقال أصبت منه العوض، وقسم النحاة التنوين أقساما أحدها تنوين العوض، والأصل عدم النقل. انتهى بالمعنى.

قلت: والتعريف الثاني ذكره ابن رشد في أول كتاب السلم من المقدمات فقال: نقل الملك على عوض. انتهى. ونقله في التوضيح عن المازري فقط قال عنه: وهو يشمل الصحيح والفاسد بناء على أن الفاسد ينقل الملك/ قال: وإن قلنا إنه لا ينقله لم يشمله، لكن العرب قد تكون التسمية عندهم صحيحة لاعتقادهم أن الملك قد انتقل [على[5]] حكمهم في الجاهلية وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام. خليل: وإن أردت إخراجه بوجه لا شك فيه فزد بوجه جائز. انتهى كلامه.

223

الحديث ....

[4] - في المطبوع اعترض وما بين المعقوفين من سيد2 وم84.

[5] - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من ن عدود ص222 وم85 ويحيى2 وسيد2.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت**: اعلم أن العلماء اختلفوا في قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ هل هو من قبيل العموم الذي لا تخصيص فيه بناء على أن الفاسد لا يطلق عليه أنه بيع إلا على سبيل المجاز، ومنهم من قال هو من قبيل العموم الذي يدخله التخصيص فهو على ظاهره إلا ما قام الدليل على خروجه، وهو مذهب أكثر الفقهاء، وهذا بناء على أن البيع الفاسد يطلق عليه أنه بيع، ومنهم من قال هو من قبيل المجمل لأنه يقتضي بظاهره إباحة كل بيع، وقوله بعده: ﴿ وحرم الربا ﴾ يقتضي تحريم كل بيع فيه تفاضل، ولم يبين التفاضل الممنوع من الجائز، وقيل إن الإجمال من جهة أنه ثبت في الشرع تحريم بعض البيوع فصارت الآية محتاجة إلى بيان الشروط التي تصح معها، وإذا كان المقصود من الحقائق الشرعية إنما هو معرفة الصحيح فلا حاجة إلى ما ذكره المازري من الاعتذار عن تسمية الفاسد بيعا عند العرب. والله أعلم. ثم ذكر في التوضيح أنه يرد على هذا التعريف أسئلة، وأصلها لابن راشد وعنه نقلها [الشارح في الكبير[6]] الأول: أن البيع علة في نقل الملك، يقال انتقل الملك لمشتري الدار لأنه ابتاعها، والعلة مغايرة للمعلول فلا يمكن حد البيع بالنقل. الثاني: أن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني والمجاز لا يستعمل في الحدود، والثالث أن الملك مجهول لأنا إن قلنا هو التصرف انتقض بتصرف الوصي والوكيل فإنهما غير مالكين وهما يتصرفان، وقد يوجد الملك ولا تصرف كالمحجور عليه، وقد يوجدان معا في المالك الرشيد، وإذا كانت حقيقة الملك مجهولة فيكون قد عرف البيع بما هو أخفى منه. اهـ.

قلت: السؤال الأول قريب من الإيراد الذي ذكره ابن عرفة، ويجاب عنه بأنه ليس من التعريف بالحد التام أو الناقص، وإنما هو من التعريف بالرسم الذي يكفي فيه التعريف بلازم الشيء، وأجاب ابن رشد عنه بأن التعليل لا يقتضي التغاير لوجود ذلك في كل حد مع محدوده، تقول هذا إنسان لأنه حيوان ناطق، ويجاب عن السؤال الثاني بأن النقل وإن كان مجازا في المعنى فإنما ذلك بحسب اللغة، وأما عند الفقهاء فالظاهر أنه حقيقة شرعية، والتعريف إنما هو بحسب العرف الشرعي، ويجاب عن السؤال الثالث بنحو ما أجيب عن الأول؛ وهو أنه لا يحتاج إلى معرفة حقيقة الملك بل يكفي تصوره بوجه ما، وقد عرف القرافي [الملك[7]] في الفرق الموفي ثمانين بعد المائة فقال: قاعدة التصرف وقاعدة الملك: اعلم أن الملك أشكل على كثير من الفقهاء ضبطه فإنه عام يترتب عليه أسباب مختلفة كالبيع والهبة والصدقة والإرث وغير ذلك فهو غيرها، ولا يمكن أن يقال هو التصرف لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف. ثم ذكر نحو ما تقدم عن التوضيح. ثم قال: وهذه حقيقة الأعم من وجه والأخص من وجه يجتمعان في صورة وينفرد كل واحد في صورة، والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي يقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك، أما أنه حكم شرعي فبالإجماع، ولأنه يتبع الأسباب الشرعية، وأما أنه مقدر فلأنه يرجع إلى متعلق الإذن الشرعي، والتعلق أمر عدمي ليس وصفا حقيقيا، بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المفيدة في الملك، وقولنا في العين أو المنفعة فإن الأعيان تملك بالبيع والمنافع بالإجارة، وقولنا يقتضى انتفاعه

الحديث ....

[6] – في المطبوع الشارح الكبير وما بين المعقوفين من سيد2 وم85.

[7] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص223 وم85 ويحيى2 وسيد2.

نص خليل ....

متن الحطاب 224

بالمملوك ليخرج تصرف الوصي والوكيل والقاضي، وقولنا والعوض عنه ليخرج الإباحة في الضيافات فإنها مأذون فيها وليست مملوكة على الصحيح، ولتخرج أيضا/ الاختصاصات بالمساجد والربط ومواضع المناسك ومقاعد السوق فإنه لا ملك فيها مع التمكن الشرعي من التصرف، وقولنا من حيث هو كذلك إشارة إلى أنه يقتضي ذلك من حيث هو هو، وقد يختلف لمانع كالحجر والوقف إذا قلنا إنه على ملك واقفه. ثم قال: [وملك[8]] الانتفاع دون المنفعة كبيوت المدارس ترجع إلى الإباحة كما في الضيافة فهي مأذون فيها لمن قام بشرط الواقف، ولا ملك فيها لغيره بخلاف الجامكية فإن الملك محصل فيها لمن حصل له شرط الواقف، فلا جرم صح أخذ العوض بها وعنها. ثم قال: وهل الملك من خطاب الوضع، أو من خطاب التكليف الذي هو من الأحكام الخمسة؟ والذي يظهر لي أنه أحد الأحكام الخمسة، وأنه إباحة خاصة في تصرفات خاصة، وأخذ العوض عن ذلك المملوك على وجه خاص كما تقررت قواعد المعاوضات في الشريعة وشروطها وأركانها وخصوصيات هذه الإباحة هي الموجبة للفرق بين الملك وغيره، ولذلك قلنا إنه معنى شرعي مقدر؛ يريد أنه متعلق الإباحة، والتعلق أمر عدمي من باب النسب والإضافات التي لا وجود لها في [العيان[9]] بل في الأذهان، ولأجل ذلك لنا أن نغير الحد فنقول: الملك إباحة شرعية في عين أو منفعة يقتضي تمكن صاحبها من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة وأخذ العوض عنها من حيث هي كذلك. فبهذا اللفظ استقام الحد، وظهر أن الملك من خطاب التكليف، ومنهم من جعله من خطاب الوضع الذي هو نصب الأسباب والشروط والموانع والمقادير الشرعية، وليس هو منها وإن كان هو سببا للانتفاع؛ لأن كل حكم شرعي سبب لمسببات كثيرة كالثواب والعقاب. اهـ.

قلت: ويمكن أن يقال إنه من خطاب التكليف والوضع معا، وقد بين في الفرق السادس والعشرين أنهما قد يجتمعان وقد ينفرد كل واحد منهما، وقد بحث ابن الشاط مع القرافي في حد الملك، وقال إنه فاسد من وجوه، وأن الصحيح في حده أنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه وبنائبه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة؛ هذا إن قلت إن الضيافة ونحوها لا يملكها من سوغت له، وإن قلنا إنه يملكها زدنا في الحد بعد قولنا ومن أخذ العوض فقلنا أو تمكنه من الانتفاع خاصة. اهـ. وبحث في ذلك وأطال فليراجعه من أراده، وأما قول ابن عرفة ويدخل فيه النكاح والإجارة ليس هو اعتراضا على التعريف المذكور وإنما هو بيان للبيع بالمعنى الأعم، وأنه يدخل فيه النكاح والإجارة، ولا يصح أن يعترض به على ابن رشد لأنه إنما تكلم على البيع الأعم ولا على المازري لأنه قصد إدخالهما فيه، وصرح بذلك في المعلم فقال:

اعلم أن العرب لبلاغتها وحكمتها وحرصها على تأدية المعنى للأفهام بأدنى عبارة تخص كل معنى بعبارة وإن كان مشاركا للآخر في أكثر وجوهه، فلما كانت الأملاك تنتقل بعوض وبغيره سموا الأول بيعا، فحقيقته نقل الملك بعوض، ولكن المعاوضة إن كانت على الرقاب خصوها بتسمية البيع، وإن كانت على المنافع خصوها بتسمية الإجارة إلا أن تكون منافع فروج فخصوها أيضا بتسميتها نكاحا. [اهـ.[10]] وقال ابن بشير في أول كتاب الصرف من التنبيه: البيع بالقول الكلي يطلق على نقل الملك بعوض، لكن المملوك لا يخلو من أن يكون منافع أو عينا، ونعني بالعين كل ذات مشار إليها، والمنافع إن كانت أبضاع النساء سمي العقد عليها نكاحا، وإن كانت غير ذلك سمي أيضا على الإطلاق إجارة. اهـ. وقد أطلق صاحب التنبيهات وغيره البيع على الإجارة، وقال في كتاب الغرر من المدونة: من قال أبيعك سكنى داري

الحديث ....

[8] – في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 وم85 ويحيى2 وسيد2.

[9] – في المطبوع الأعيان وم85 ويحيى3 وسيد2 وهو الذي في مطبوعة الفروق ج3 ص1012 وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 وهو الذي تظهره المقابلة مع الأذهان.

[10] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 وم85 ويحيى3 وسيد2.

نص خليل ....

متن الحطاب سنة فذلك غلط في اللفظ وهو كراء صحيح. فعلم من هذا أن للبيع إطلاقين أعم وأخص، وسيأتي ذلك في كلام ابن عرفة رحمه الله، فالأعم يشمل النكاح والصرف والسلم والإجارة وهبة الثواب، والأخص لا يشمل إلا البيع، وباعتبار هذا الإطلاق الأخص غلط في/ المدونة من أطلق البيع على الكراء في اللفظ وجعله كراء صحيحا بالنظر للمعنى الأعم، لكن إطلاق البيع على هذا المعنى غير مستعمل في عرف الفقهاء غالبا، فلذلك أخرج ابن عرفة النكاح والإجارة من حد البيع بالمعنى الأعم فقال: البيع الأعم: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة. فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم، وتدخل فيه المبادلة والإقالة والتولية والشركة في الشيء المشترى؛ أعني تولية البعض والقسمة على القول بأنها بيع كالشركة في الأموال والأخذ بالشفعة لصدق حد البيع الأعم عليها، ولا تدخل الشفعة نفسها لأنها استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه التي باعها بثمنها. ثم قال: والغالب عرفا أخص منه بزيادة: ذي مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه. فتخرج الأربعة، ويعني بالأربعة هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم، فتخرج منه هبة الثواب بقوله: "ذو مكايسة" والمكايسة المغالبة. قال في الصحاح: كايسته فكسته أي غلبته وهو يكايسه في البيع. اهـ. والمماكسة قريب من المكايسة. قال في المحكم: تماكس المتبايعان تشاحا. اهـ. ويخرج الصرف والمراطلة بقوله: "أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة" ويخرج السلم بقوله: "معين غير العين فيه"؛ لأن غير العين في السلم لا يكون معينا، بل إنما يكون في الذمة ولا يدخل في حده للبيع سلم [العرض[11]] في عرض؛ لأن غير العين الذي هو العوضان لم يتعينا وإنما يتعين أحدهما الذي هو رأس مال السلم فصدق فيه أنه لم يتعين فيه غير العين أي جميعه وإنما يتعين فيه بعضه. والله أعلم. ثم قال ابن عرفة: ودفع عوض في معلوم قدر ذهب أو فضة غير مسكوك لأجل سلم لا بيع لأجل؛ لأنه لو استحق لم ينفسخ بيعه ولو بيع معينا انفسخ بيعه بالاستحقاق. اهـ.

225

قلت: انظر هذه الصورة التي حكم عليها بأنها سلم فإن الذي يظهر لي أنها داخلة في حده للبيع فتأمله، والضمير في قوله لأنه لو استحق عائد على المسلم فيه، وكذا يدخل في حده للبيع السلم في ثمر حائط بعينه مع أنه يسمى سلما، ويدخل فيه بعض أنواع الصلح كما لو صالح عن دين له من ذهب أو فضة بعوض يساوي ذلك أو يقاربه بزيادة أو نقص، والظاهر أيضا أن قوله: "ولا متعة لذة" مستغنى عنه بقوله: "على غير منافع" كما تقدم في كلام المازري وابن بشير. والله أعلم. وقال البرزلي بعد ذكره كلام ابن عرفة: ظاهر هذه الاعتراضات وأجوبتها يدل على طلب حقيقة الشيء وماهيته في هذا الباب وغيره، وحقائق الأشياء لا يعلمها إلا الله فهو المحيط بها من جميع الجهات فهو العالم بما يحصلها، والمطلوب في معرفة الحقائق الشرعية وغيرها إنما هو ما يميزها من حيث الجملة عما يشاركها في بعض حقائقها حتى يخرج عنها ما يسري إلى النفس مثل أن يقال ما الإنسان فيقال منتصب القامة، فيحصل تمييزه عن باقي الحيوانات التي يسرع إلى النفس دخولها لا كل حقيقة

الحديث ....

[11] - في المطبوع العوض وم86 وسيد2 وما بين المعقوفين من ن عدود ص225 ويحيى3.

نص خليل ....

متن الحطاب

غيره؛ لأنه يدخل عليه الحائط والعمود وكل منتصب القامة، لكن لما كان غير مقصود في هذا الكلام لم يقع الاحتراز منه. قال بعض حذاق المنطقيين: وهذا المعنى كثيرا ما يقع من حكماء المتقدمين قصدهم التمييز على ما يحصل التمييز في النفس ولو بأدنى خاصية، فيعترض عليهم المتأخرون لاعتقادهم أنهم يأتون بالحقائق التي تشتمل على جميع الذاتيات وهم لا يقصدون ذلك؛ لأنه لا يعلم حقائق الأشياء إلا الله سبحانه [وتعالى،[12]] وكذلك أشار إليه ابن البناء في رفع الحجاب في بعض رسوم التلخيص، فكل من عرف البيع بما عرفه به إنما هو تصور معرفته من حيث الجملة لا تحصيل معرفته بجميع الذاتيات، فالاعتراض عليهم ضعيف. والله أعلم. اهـ.

وبعضهم يقسم البيع الأعم، ويزيد في التفصيل في بيع المنافع فيقول: لا يخلو إما أن يكون بيع أعيان، أو بيع منافع، والمنافع على قسمين: منافع جماد وهو المترجم له بأكرية الدور/ والأرضين، ومنافع حيوان، والحيوان على قسمين: حيوان لا يعقل وهو المترجم له بأكرية الرواحل والدواب، وحيوان يعقل وهو على قسمين: إما أن تكون المنفعة متعلقة بالفروج وهو النكاح والخلع، أو بغير الفروج وهو الجعل والإجارة، ويشبه أن يكون هذا هو الجاري على اصطلاحه في المدونة، فإنه ذكر التراجم المذكورة إلا أنه بقي عليه من التقسيم منافع العرض، ويسمى ذلك غالبا إجارة، وبيع الأعيان ينقسم إلى أقسام كثيرة من حيثيات متعددة فينقسم من حيث تأجيل أحد عوضيه أو كليهما إلى أربعة أقسام: لأنه إن لم يكن فيها تأجيل فهو بيع النقد، وإن تأجلا معا [فهو ابتداء[13]] الدين بالدين وهو ممنوع كما سيأتي بيانه في البيوع المنهي عنها، وإن تأجل الثمن فقط فهو البيع إلى أجل، وإن تأجل المثمون فقط فهو السلم، وينقسم من حيث كون أحد عوضيه ذهبا أو فضة إلى ثلاثة أقسام: بيع العين بالعين، وبيع العرض بالعرض، وبيع العرض [بالعين[14]]، وينقسم بيع العين بالعين إلى ثلاثة أقسام: لأنه إن اختلف جنس العوضين كذهب [بفضة[15]] وعكسه فهو الصرف، وإن اتحدا فإن كان البيع بالوزن فهو المراطلة، وإن كان بالعدد فهو المبادلة.

226

وينقسم البيع أيضا من جهة رؤية المثمن وعدم رؤيته إلى قسمين: لأنه إن كان مرئيا أو في حكم المرئي فهو بيع الحاضر، وإلا فهو بيع غائب، وينقسم أيضا باعتبار بت عقده وعدم بته إلى قسمين: فإن لم يجعل أحد المتبايعين لصاحبه خيارا فهو بيع بت، وألبت القطع؛ لأن كل واحد منهما قطع خيار صاحبه، وإن جعل أحدهما لصاحبه الخيار أو جعل كل واحد منهما لصاحبه الخيار فهو بيع الخيار، وينقسم أيضا من جهة ترتب الثمن فيه على ثمن سابق وعدم ترتبه إلى أربعة أقسام: لأنه إن كان الثمن مترتبا على ثمن سابق مثل أن يقول المشتري للبائع اذكر الثمن الذي اشتريت به سلعتك وأربحك كذا فهو بيع المرابحة، وإن لم يكن الثمن مترتبا على ثمن سابق فهو على ثلاثة أقسام: بيع مساومة، وبيع مزايدة، وبيع استئمان واسترسال، وسيأتي الكلام عليها مبينا إن شاء الله، وينقسم باعتبار ما يعرض له من الأمور التي تفسده إلى قسمين: صحيح، وفاسد، وكل واحد

الحديث ....

12 – ساقطة من المطبوع وسيد2 وم86وما بين المعقوفين من ن عدود ص225 ويحيى4.

13 – في المطبوع ابتداء فهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 ويحيى4 وسيد2 وم86.

14 *- في سيد2 وبيع العين بالعرض والقوانين الفقهية ص273.

15 – في المطبوع وفضة وما بين المعقوفين من سيد2 وم86.

نص خليل ....

متن الحطاب

من هذه الأقسام مباين [لقسيمه،[16]] وأعم من [غير[17]] قسيمه من وجه، وإلى بعض هذه التقاسيم أشار ابن عرفة بقوله: وحصول عارض تأجيل عوضه العين، ورؤية [عوضه[18]] غير العين حين عقده، وبته، وعدم ترتب ثمنه على ثمن سابق، وصحته، ومقابل كل واحد منهما لعدده المؤجل ونقد حاضر وغائب وبت وخيار ومرابحة وغيرها، وصحة وفساد كل منهما مباين لمقابله، وأعم من غيره من وجه. اهـ. وانظر القوانين في تقسيم المكاسب. والله أعلم.

تنبيه: ظاهر ما تقدم من أن المعاوضة تكون على الأعيان وتكون على المنافع أن الملكية تتعلق بالأعيان، وقال القرافي في الفرق المتقدم عن المازري في شرح التلقين: إن قول الفقهاء الملك في البيع يحصل في الأعيان [وفي الإجارة[19]] في المنافع ليس على ظاهره، بل الأعيان كلها لا يملكها إلا الله سبحانه؛ لأن الملك هو التصرف، ولا يتصرف في الأعيان إلا الله سبحانه بالإيجاد والإعدام والإماتة والإحياء ونحو ذلك، وتصرف الخلق إنما هو في المنافع فقط بأفعالهم من الأكل والشرب والحركات والسكنات.

وتحقيق الملك أنه إن ورد على المنافع مع رد العين فهو الإجارة وفروعها من المساقاة والجعالة والقراض ونحوه، وإن ورد على المنافع على أن لا يرد العين بل يبدلها بعوض وبغيره فهو البيع والهبة والصدقة، والعقد في الجميع إنما يتناول المنفعة. انتهى. وقبله ابن الشاط إلا قوله "إن الملك التصرف" فقال: إنه غير صحيح على ما قرر المؤلف -يعني القرافي- قبل هذا، وعندي في هذا الكلام الذي ذكره القرافي نظر؛ لأن الملك قد تقدم أنه إباحة شرعية تقتضي تمكين صاحبها/ من الانتفاع بتلك العين أو المنفعة إلى آخره ولا شك أن هذا حاصل في العين، وليس هو التصرف كما تقدم، ولو سلم أنه التصرف فالمراد أنه تصرف مخصوص مأذون فيه من الشارع كهدم الدار وبنيانها وزرع الأرض وحرثها وتقطيع الثياب وخياطتها وطحن القمح وغيره وذبح الحيوان المأكول وكل شيء أذن في التصرف [فيه له تصرف يختص[20]] به، والفاعل على الحقيقة المتصرف التصرف الحقيقي المطلق في جميع الوجوه هو الله سبحانه وتعالى، وأما تصرف العباد وأفعالهم فإنما أجرى الله سبحانه العادة بأنه إذا وجد منها شيء خلق ذلك التأثير عند وجود ذلك الفعل. والله أعلم. وحكم البيع من حيث هو الجواز.

227

قال ابن عبد السلام: وكما أن حقيقته معلومة لكل الناس فحكمه من الإباحة معلوم من الدين بالضرورة، فالاستدلال المذكور على ذلك في الكتب والمجالس إنما هو على طريق التبرك بذكر الآيات والأحاديث مع تمرين الطلبة على الاستدلال. اهـ. ودليله من الكتاب قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ وقوله: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن

الحديث ....

---

[16] - في المطبوع لقسيميه وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 وسيد2 وم86 ويحيى4.

[17] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى4 و م86 وسيد 2

[18] *- في سيد2 وعوضه.

[19] - في المطبوع والإجارة وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 ويحيى4 وسيد2.

[20] - في المطبوع في التصرف له به تصرف يختص وأشار عندها عدود ص227 (وفي م87 وكل شيء أذن في التصرف بدله تصرف) (وفي يحيى5 وكل شيء أذن التصرف فيه له تصرف يختص) (وفي سيد3 وكل شيء أذن في التصرف به له تصرف يختص).

نص خليل ....

متن الحطاب

تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقال سبحانه: ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ومن السنة أحاديث كثيرة من بيعه صلى الله عليه وسلم وشرائه وإذنه في البيع ووقوعه بحضرته، وسنذكر إن شاء الله أحاديث في مواضعها من هذا الكتاب من ذلك ما رواه البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال: {لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة حطب على ظهره فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أم منعوه[1]} ومن ذلك ما رواه مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال: {الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواء بسواء مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد[2]} وهذا موضع الدليل، وقوله عليه الصلاة والسلام: {أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده[3]} رواه الإمام أحمد والطبراني وغيرهما، والبيع المبرور الذي بر فيه صاحبه فلم يعص الله فيه ولا به ولا معه. قاله الشيخ أحمد زروق في شرح الإرشاد، وعزا الحديث المذكور للترمذي قال وصححه الحاكم، والإجماع على جوازه من حيث الجملة.

وقد يعرض له الوجوب كمن اضطر إلى شراء طعام أو شراب أو غير ذلك، والندب كمن أقسم على إنسان أن يبيع سلعة لا ضرورة عليه في بيعها فيندب إلى إجابته؛ لأن إبرار المقسم فيما ليس فيه ضرورة مندوب إليه كما تقدم في باب الأيمان، وتعرض له الكراهة كبيع الهر والسباع لا لأخذ جلودها والتحريم كالبيوع المنهي عنها، وحكمة مشروعيته الرفق بالعباد والتعاون على حصول المعاش، ولهذا يمنع من احتكار ما يضر بالناس. قال في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة: قال مالك: والحكرة في كل شيء من طعام أو إدام أو كتان أو صوف أو عصفر أو غيره فما كان احتكاره يضر بالناس منع محتكره من الحكرة وإن لم يضر ذلك بالناس ولا بالأسواق فلا بأس به.

قال القرطبي في شرح [قوله في[21]] مسلم: {لا يحتكر إلا خاطيء[4]} هذا الحديث بحكم إطلاقه أو عمومه يدل على [منع[22]] الاحتكار في كل شيء غير أن هذا الإطلاق قد يقيد والعموم قد يخصص بما فعله النبي صلى الله عليه وسلم {فإنه قد ادخر لأهله قوت سنتهم[5]}، ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان لنفسه وعياله من قوت وما يحتاجون إليه جائز، ولا بأس به فإذا مقصود هذا منع التجار من الادخار، ثم هل يمنعون من ادخار كل شيء، وذكر ما تقدم وذكر الخلاف، ثم قال: وكل هذا فيمن اشترى في الأسواق، فأما من جلب طعاما فإن شاء باع وإن شاء احتكر إلا إن نزلت حاجة فادحة أو أمر ضروري بالمسلمين فيجب على من كان عنده ذلك أن يبيعه بسعر وقته، فإن لم يفعل أجبر على/ ذلك إحياء للمهج وإبقاء للرمق، وأما إن كان اشتراه من الأسواق واحتكر وأضر بالناس فيشترك فيه الناس بالسعر الذي اشتراه به. انتهى. وقال أيضا في قوله في الحديث كان ينفق على أهله نفقة سنة: فيه ما يدل على جواز ادخار قوت العيال سنة ولا خلاف فيه إذا كان من غلة المدخر، وأما إذا اشترى من السوق فأجازه قوم، ومنعه آخرون إذا أضر بالناس،

228

الحديث

1- عن الزبير بن العوام رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأن يأخذ أحدكم حبله فياتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة، رقم الحديث 1471، دار الفجر للتراث 2005.

2- الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1587.

– الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد أربى الآخر والمعطي فيه سواء. رقم الحديث1587.

3- مسند أحمد، ج3 ص466 ورواية الطبراني في الكبير، افضل كسب الرجل ولده وكل بيع مبرور، مجمع الزوائد، ط. دار الفكر، ج4 ص274.

4- مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1605، دار إحياء التراث العربي بيروت.

5- عن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبيع نخل بني النضير ويحبس لأهله قوت سنتهم البخاري رقم 5357

[21] *- ما بين المعقوفين ورد في م87 ويحيى5 وسيد3 وسقط من المطبوع.

[22] *- وردت في م87 ويحيى5 وسيد3 وسقطت من المطبوع.

نص خليل **باب يَنْعَقِدُ البيع بِمَا يَدُلُّ عَلَى [الرِّضَا[23]س] وَإِنْ بِمُعَاطَاةٍ.**

متن الحطاب وهذا مذهب مالك في الادخار مطلقا. انتهى. ونقله النووي عن القاضي عياض في الاشتراء من السوق وأنه إن كان في وقت ضيق الطعام فلا يجوز بل يشتري ما لا يضيق على المسلمين كقوت أيام أو [شهر،[24]] وإن كان في وقت سعة اشترى قوت سنة. كذا نقل القاضي هذا التفصيل عن أكثر العلماء وعن قوم إباحته مطلقا. قال النووي: والحكمة في تحريم الاحتكار رفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان [طعام[25]] واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعا للضرر عن الناس انتهى. والله أعلم. وللبيع ثلاثة أركان: الأول الصيغة. الثاني العاقد، والمراد به البائع والمشتري. الثالث المعقود عليه، والمراد به الثمن والمثمن فهي في الحقيقة خمسة، ولكن لما كان البائع والمشتري يشتركان في الشروط عبر عنهما بلفظ العاقد، وكذا الثمن والمثمن، وبدأ المصنف بالكلام على الركن الأول فقال:

ص: **ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة** ش: وإنما بدأ بالكلام عليه لقلته، أو لأنه أول الأركان في الوجود ثم بعده يحصل تقابض العوضين، ولا يقال العاقد سابق عليه لأن الصيغة كلام أو فعل يصدر منه وهما صفة له وصفة الشيء متأخرة عنه لأنا نقول إذا أمعنت النظر وجدت العاقد محل الركن ومحل الماهية أو محل ركنها [لا[26]] يكون ركنا. قاله ابن عبد السلام. فالعاقد إنما يصح وصفه بذلك بعد صدور العقد منه فتأمله. والله أعلم. ويعني أن الركن الأول الذي هو الصيغة التي ينعقد بها البيع هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول، وسواء كان الدال قولا كقول البائع بعتك وأعطيتك وملكتك بكذا وشبه ذلك وقول المشتري اشتريت وتملكت وابتعت وقبلت وشبه ذلك أو كان فعلا كالمعاطاة وهي المناولة. قاله في الصحاح. وقال الشيخ زروق: هي أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب. انتهى. لأن الفعل يدل على الرضا عرفا، والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض ترضاه فلا يشترط القول ويكفي الفعل كالمعاطاة، والدليل على أن حصول الرضا ركن في البيع قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ فعلم من هذا أن الدال على الرضا المسمى بالإيجاب والقبول تارة يكون قولا فلا كلام في انعقاد البيع به كما إذا قال البائع بعتك بكذا وقال المشتري اشتريت منك بكذا فلا اختلاف أن ذلك لازم لكل واحد منهما إن أجابه صاحبه بالإمضاء والقبول في المجلس قبل التفرق. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب، ونقله ابن عرفة، وتارة يكون فعلا واختلف فيه فذهب مالك رحمه الله وجماعة إلى الاكتفاء بذلك، وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول. قال ابن [راشد[27]] في

الحديث ....

[23] س – كسر راء الرضا أرجح من ضمه كما تدل عليه عبارة القاموس وغيره.

[24] – في المطبوع أشهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 وم87 ويحيى5 وسيد3.

[25] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 وم87 ويحيى5 وسيد3.

[26] – في المطبوع كما وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 وم87 ويحيى5 وسيد3.

[27] *– في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من م87 ويحيى6 وسيد3.

نص خليل وَبِبِعْنِي فَيَقُولَ بِعْتُ.

متن الحطاب

المذهب: واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا، واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة فذهب مالك إلى انعقاده بها مطلقا، ومنعه الشافعي مطلقا، وقال أبو حنيفة ينعقد بها في المحقرات خاصة، وإليه مال الغزالي. انتهى. واحتج الشافعية بأن الفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال، وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهي كافية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف/ في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان ذلك الفعل معاطاة، ولما كان الفعل مختلفا في انعقاد البيع به نبه على ذلك المصنف بقوله: "وإن بمعاطاة" يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية وإن كان ذلك الفعل معاطاة، وعلم من هذا أن بيع المعاطاة المحضة العاري عن القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثمن والمثمن، ولذا قال ابن عرفة أثناء كلامه في بيعتين في بيعة وبياعات: "زماننا في الأسواق إنما هي بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض المبيع". انتهى.

229

وعلم من المبالغة بقوله: "وإن بمعاطاة" أن البيع ينعقد بالمعاطاة من جهة والقول من الجهة الأخرى من باب أحرى وسيصرح بذلك، وعلم أيضا أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهي أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام قال الله تعالى ﴿ آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ﴾ والرمز الإشارة، وقال ابن عرفة: الصيغة ما دل عليه ولو معاطاة في حمالتها ما فهم أن الأخرس فهمه من كفالة أو غيرها لزمه. الباجي: كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم منها البيع. انتهى.

قلت: وغير الأخرس كالأخرس. قاله أبو الحسن في شرح مسألة المدونة [المذكورة[28]] ونصه: وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه بالإشارة، وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها. انتهى. وكلام الباجي الذي ذكره ابن عرفة دال على ذلك، ونصه في المنتقى: وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود. انتهى. وسيأتي كلامه هذا عند قول المصنف: "وببعني".

ص: **وببعني فيقول بعتك** ش: هو داخل في حيز المبالغة ويعني أن البيع ينعقد بقول المشتري للبائع بعني سلعتك بكذا إذا قال له البائع بعتك يريد أو صدر منه شيء يدل على الرضا من قول أو فعل، ونبه المصنف بهذا على فائدتين: الأولى منهما أنه لا يشترط في انعقاد البيع أن يتقدم ما يدل على الإيجاب على ما يدل على الرضا كما يقوله بعض الشافعية، والثانية أن المعتبر في الأقوال كونها دالة على الرضا في العرف ولو كانت في أصل اللغة على غير ذلك أو فيها احتمال لذلك ولغيره، فإن قول المشتري لمن بيده سلعة بعني سلعتك بعشرة لا يدل صريحا على إيجاب البيع من جهة المشتري؛ لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك، ويحتمل أن يكون راضيا به أو غير راض به، لكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به؛ لأن بعني صريح في أمر المشتري للبائع بالبيع واستدعائه منه وطلبه له وإرادته إياه وحصول مطلوب يصير به مبتاعا، فإذا أجابه البائع

الحديث ....

---

[28] *- في المطبوع المذكور وما بين المعقوفين من ن يحيى6 وسيد3.

نص خليل ....

متن الحطاب بحصول مطلوبه فقد تم له ما أراده من وجود البيع، وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد في هذه المسألة ويلزم المشتري إذا أجابه البائع بما يدل على الرضا ولو قال [بعد قول[29]] البائع بعتك لا أرضى لأني لم أرد إيجاب البيع، ويعد قوله بعد ذلك لا أرضى ندما وليست كمسألة السوم الآتية ولذلك لم يجمعها معها، وهذا القول لمالك في كتاب ابن المواز، وقاله ابن القاسم وعيسى بن دينار في كتاب ابن [مزين[30]] واختاره ابن المواز ورجحه، وكذا نقله ابن عرفة، ورجحه أبو إسحاق التونسي، واقتصر عليه الباجي، ونصه: البيع يفتقر إلى إيجاب وقبول ويلزم بوجودهما بلفظ الماضي، وإذا قال بعني فيقول البائع بعتك فحكى أصحابنا العراقيون أنه ينعقد به، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد اشتريت، والدليل على ما نقلوه أن كل ما كان إيجابا وقبولا في عقد النكاح كان كذلك في البيع، إذا ثبت ذلك فليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود، إلا أن في الألفاظ ما هو صريح مثل بعتك بكذا فيقول قبلت أو ابتعت منك فيقول بعت فهذا يلزمهما.

230 وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع/ بها بمجردها حتى [يقترن[31]] بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع بكم، فيقول البائع بدينار، فيقول قبلت فيقول البائع لا أبيعك، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ولا يلزمه. انتهى. والقول [بلزوم[32]] البيع في هذه المسألة التي ذكرها المصنف ولو قال المشتري لا أرضى هو خلاف قول ابن القاسم في المدونة فإنه يسوي بينها وبين مسألة المساومة الآتية. قال في كتاب الغرر: فإن قلت لرجل بعني سلعتك بعشرة وقال قد فعلت فقلت لا أرضى. قال: قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم فقلت له بكم فقال بعشرة فقلت قد رضيت فقال لا أرضى إنه يحلف ما ساومتك على إيجاب البيع ولكن [لأمر يذكره،[33]] فإن لم يحلف لزمه البيع، قال ابن القاسم: فكذلك مسألتك. انتهى.

ونسب هذا القول أيضا لمالك في كتاب ابن المواز. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب، وعليه فيدخل في هذه المسألة الخلاف الآتي في مسألة السوم. قال في التوضيح: وأشار بعضهم إلى ضعف قياس ابن القاسم. انتهى. لأن المشتري إذا قال بعني فقد طلب ذلك بلفظ صريح كما تقدم، وأما في مسألة السوم فيحتمل أن يكون صاحبها أوقفها للبيع أو ليعلم المقدار الذي تساويه ثم لا يبيعها أو يبيعها من آخر طلبها منه فإذا قال له قائل بكم؟ فيحتمل أن يكون فهم عنه بكم تبيعها، أو بكم اشتريتها فإذا قال له السائل قد رضيتها فلا بد من جواب البائع بما يدل على الرضا صريحا أو

الحديث ....

29 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص229 وم88 ويحيى6 وسيد3.

30 *– وفي نسخة ابن بريدة.

31 – في المطبوع يتنزل وما بين المعقوفين من ن عدود ص230 وم88 وسيد3 (وفي يحيى6 حتى ينتقل بها عرفا).

32 – في المطبوع ملزوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص230 وم88 وسيد3

33 – في المطبوع لما لم يذكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص230 (وفي م88 ولكن لما يذكر) (وفي يحيى6 ولكن يذكر) (وفي سيد3 ولكن بما يذكر).

نص خليل ....

متن الحطاب
ظاهرا، لكن لما كان كلامه الأول محتملا حلفه مالك لرفع الاحتمال وألزمه غيره البيع كما سيأتي، والاحتمال إنما قوي في كلامه من جهة وقف السلعة للبيع وهي قرينة حالية، والقرينة في المسألة الأخرى مقالية [وهي[34]] قول المشتري بعني سلعتك بعشرة، والمفهوم من القرينة اللفظية أقوى من القرينة المعنوية، ولعل مالكا لو سئل عن مسألة ابن القاسم ما قبل فيها من المشتري يمينا، وأشار إلى ذلك أيضا أبو الحسن.

قال ابن عبد السلام: ولذلك اختصرها البراذعي وغيره على السؤال والجواب، وإنما يفعلون ذلك إذا كان جواب ابن القاسم يوهم عدم المطابقة للسؤال أو قياسه مشكلا، وإن سلمت من ذلك ذكروها بلفظ مختصر ولم يذكروا السؤال والجواب، وكذا قال ابن عرفة، ولهذا -والله أعلم- مشى المصنف على القول الأول ولم يجمعها مع مسألة السوم كما فعل ابن القاسم، فلا اعتراض عليه في عدم ذكر المسألة كما في المدونة، ولو قلنا مشى على مذهب المدونة فلا اعتراض عليه أيضا، ونقول تكلم على ما ينعقد به البيع ولم يتعرض إلى أنه وقع فيه إنكار، ومسألة المدونة تكلم فيها على ما إذا وقع إنكار، لكن المحمل الأول هو الظاهر الراجح. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا قال البائع اشتر مني هذه السلعة بكذا أو خذها فيقول المشتري اشتريت أو قبلت أو فعلت ونحو ذلك فهو بمنزلة قول المشتري بعني سلعتك بكذا فيقول له البائع بعتك. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب، فلو قال المصنف وكبعني لكان أحسن.

الثاني: إذا قال المشتري أتبيع سلعتك بكذا فقال له البائع نعم أو بعتكها فقال المشتري ما أردت الشراء فهو كمسألة السوم الآتية كما صرح به ابن راشد في المذهب، وكما يفهم ذلك من كلام أبي إسحاق التونسي وأبي الحسن وغيرهما بل هي أحرى بعدم اللزوم. والله أعلم. ونص كلام أبي إسحاق بعد أن ذكر كلام المدونة: وأما الذي قال بعني فالأشبه أنه لا رجوع له لأن لفظ بعني لفظ إيجاب، فلعله إنما فهم منه أتبيعني على الاستفهام. انتهى.

ونص كلام أبي الحسن في أثناء كلامه على مسألة المدونة وعن ابن محرز أن مسألة ابن القاسم مما يعارضها المذاكرون [يقولون[35]] لا تشبه مسألة مالك؛ لأن مسألة مالك قيل للبائع بكم تبيع فقال بكذا

231

فتقديرها أبيعها في المستقبل ومن قال يبيعها في/ المستقبل ما أوجب على نفسه بيعا بخلاف بعني فإنه لفظ إيجاب، وسئل عنها ابن الكاتب فقال معنى قوله بعني أتبيعني. أبو الحسن: وهذا الذي قاله ابن الكاتب محتاج إلى دلالة. انتهى.

الثالث: قول المصنف: "فيقول بعتك" يريد أو أعطيتك أو خذها أو قبلت أو نحو ذلك، وتقدم في لفظ المدونة فقال قد فعلت، ولذلك قال البساطي لو قال المؤلف [وببعني[36]] فيقول فعلت. انتهى. وذكر القرطبي في تفسيره أن قوله دونكها بعشرة وبورك لك فيها أو سلمتها إليك مثل قوله خذها بعشرة. انتهى.

الرابع: تقدم في كتاب النكاح كلام التوضيح في الفرق بين البيع على مذهب ابن القاسم في المدونة وبين النكاح في أنه في النكاح يلزم بقوله زوجني فيقول فعلت ولو قال الزوج لا أرضى.

الحديث ....

[34] *- في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من يحيى7 وسيد3 وم88.

[35] - في المطبوع ويقولون وما بين المعقوفين من سيد3 وم88.

[36] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد3 وم88.

نص خليل وَبِابْتَعْتُ أَوْ بِعْتُكَ وَيَرْضَى الآخَرُ فِيهِمَا وَحَلَفَ وَإِلاَّ لَزِمَ إِنْ قَالَ أَبِيعُكَهَا بِكَذَا أَوْ أَنَا أَشْتَرِيهَا بِهِ.

متن الحطاب [فراجعه.[37]] والله أعلم.

ص: **وبابتعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما** ش: هو أيضا معطوف على ما في حيز المبالغة، ويعني به أن البيع ينعقد [بقول[38]] المشتري ابتعت منك هذه السلعة بكذا أو اشتريتها أو أخذتها إذا صدر من الآخر الذي هو البائع في هذه الصورة ما يدل على الرضا، وسواء كان الدال على رضاه قولا أو فعلا كأن يعطيه المبيع أو نحو ذلك، وكذلك ينعقد البيع بقول البائع بعتك هذه السلعة بكذا أو أعطيتكها أو ملكتكها بكذا إذا صدر من الآخر الذي هو المشتري في هذه الصورة ما يدل على الرضا من قول أو فعل بأن يعطيه الثمن ونحو ذلك.

وصرح الشيخ زروق أيضا في شرح الإرشاد بأنه ينعقد بالقول من [إحدى[39]] الجهتين وفعل من [الاخرى[40]]. انتهى. فقوله: "ويرضى الآخر" أعم من أن يكون بالقول أو بالفعل، وقوله: "الآخر" أي غير المتكلم من بائع أو مشتر، والضمير في قوله: "فيهما" للصورتين، وظاهر كلام المصنف أن البيع في هاتين الصورتين ينعقد ويلزم المتكلم أولا، ولو قال [آخرا[41]] بعد ما أجابه صاحبه بما يدل على الرضا ما أردت الشراء أو ما أردت البيع وإنما كنت مازحا، أو أردت اختبار ثمن السلعة أو نحوه، وهو كذلك على ما نقل ابن أبي زمنين في مقربه ومنتخبه عن ابن القاسم في هاتين المسألتين والمسألتين اللتين بعدهما الآتيتين في كلام المصنف من التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي أو المضارع، وحكم باللزوم في هاتين المسألتين، ولو قال الآخر لم أرد البيع [أو لم[42]] أرد الشراء [وبأنه[43]] يقبل قوله ويحلف في المسألتين الآتيتين.

ونقل هذه المسائل الأربع عنه ابن يونس وأبو الحسن وابن عبد السلام والمصنف وابن عرفة وغيرهم وقبلوا كلامه، وسيأتي لفظه، وهو مأخوذ من المدونة، فإنه قال فيها بعد مسألة السوم التي تقدمت: فلو قلت له قد أخذت منك غنمك هذه كل شاة بدرهم فقال ذلك لك فقد لزمك البيع. انتهى. والله أعلم.

ص: **وحلف وإلا لزم إن قال أبيعكها بكذا أو أنا أشتريها به** ش: لما ذكر الصورتين اللتين ينعقد فيهما البيع ويلزم ولو قال أحد المتبايعين ما أردت البيع أو ما أردت الشراء ذكر ما ينعقد فيه البيع ويلزم إلا أن يقول أحدهما ما أردت البيع أو ما أردت الشراء فإنه يحلف على ذلك ويقبل قوله، وذلك حيث يكون اللفظ الدال على الرضا من جهته محتملا للدلالة على الرضا وليس بصريح، وذكر من ذلك ثلاث مسائل [هاتين[44]] المسألتين مع مسألة السوم الآتية، أما هاتان المسألتان فالأولى منهما إذا قال البائع أبيعك سلعتي بكذا أو أعطيكها بكذا، فأجابه المشتري بما يدل على الرضا،

الحديث ....

---

[37] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 وم89 ويحيى7 وسيد3.

[38] - في المطبوع في قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 وم89 ويحيى7 وسيد3.

[39] - في المطبوع أحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 وم89 وسيد4

[40] - في المطبوع الآخر وما بين المعقوفين من م89 وسيد4.

[41] - في المطبوع الاخر وم89 وسيد4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص231

[42] - في المطبوع ولم أرد وم89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 ويحيى7 وسيد4.

[43] *- في المطبوع وساقه وما بين المعقوفين من م89 ويحيى7 وسيد4.

[44] - في المطبوع وهاتين وم89 وسيد4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 ويحيى7.

نص خليل ....

متن الحطاب فقال البائع لم أرد البيع وإنما أردت اختبار ثمنها، أو كنت مازحا أو نحو ذلك فإنه يحلف أنه ما أراد بقوله أبيعكها إيجاب البيع، وإنما أراد به ما ذكر، فإن حلف لم يلزمه البيع، وإن لم يحلف لزمه، وقولنا فأجابه المشتري بما يدل على الرضا يفهم من المسألتين السابقتين، وقولنا فقال البائع لم أرد البيع يفهم من قوله: "حلف وإلا لزم" فإنه يدل على أنه وقع منه إنكار، وكذلك يقال في المسألة الثانية وهي ما إذا قال المشتري/ لصاحب السلعة أنا أشتري منك هذه السلعة بكذا أو أبتاعها أو آخذها فأجابه البائع بما يدل على الرضا فقال المشتري ما أردت الشراء وإنما أردت اختبار ثمنها أو نحو ذلك فإنه يحلف على ما ادعاه، فإن حلف لم يلزمه الشراء، وإن لم يحلف لزمه فالحكم فيها كالأولى ففاعل حلف وقال ضمير يعود على أحد المتبايعين وبقية الكلام [تعينه؛[45]] لأنه يفهم منه [أنه[46]] البائع إن قال أبيعكها والمشتري إن قال اشتريتها وفاعل لزم يعود إلى البيع، وقد تقدم أن هاتين المسألتين ذكرهما ابن أبي زمنين مع المسألتين اللتين فوقهما، وعنه نقلهما ابن يونس وأبو الحسن وابن عبد السلام وابن عرفة والمؤلف وغيرهم وقبلوه. 232

ونص كلامه في منتخب الأحكام بعد أن ذكر مسألة السوم الآتية في كلام المصنف: رأيت فيما أملاه بعض مشايخنا إذا قال البائع بعتكها بكذا أو قد أعطيتكها [بكذا فرضي[47]] المشتري، ثم أبى البائع وقال [ما أردت[48]] البيع لم ينفعه ولزمه، وكذلك إن قال المشتري قد ابتعت منك سلعتك بكذا أو قد أخذتها منك بكذا فرضي البائع لم يكن للمشتري أن يرجع، ولو قال البائع أنا أبيعكها أو أعطيكها بكذا فرضي المشتري فقال البائع [ما أردت[49]] البيع فذلك له ويحلف، وكذلك لو قال المشتري أنا أشتريها منك أو آخذها منك بكذا فرضي [البائع فقال المشتري[50]] لم أرد البيع فذلك له ويحلف فافهم افتراق هذه الوجوه. اهـ. وله نحو ذلك في مقربه وزاد بعده وهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه.

قال ابن يونس بعد أن ذكر كلامه في المقرب: لأن قوله أنا أفعل وعد وعده إياه في المستقبل وقوله قد فعلت إيجاب أوجبه على نفسه فافترقا. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن ذكر كلامه في المقرب: وحاصله التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فتلزم، أو بلفظ المضارع فيحلف، ونحوه لابن عبد السلام فقال: حاصل كلامه أنه إن أتى بصيغة الماضي لم يقبل منه رجوع، وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل فيحلف على ما أراده. ثم قال: وقال بعض المتأخرين من الشافعية بعد أن ذكر هذا الكلام المعتبر في صيغ عقود البيع وغيره إنما هو ألفاظ الإنشاء، وجرى العرف فيها باستعمال صيغة الماضي ولم يجر بالمضارع ولا غيره، ولو جرى الأمر فيها بالعكس لانعكس الأمر. هذا معنى كلامه وهو

الحديث ....

45 – في المطبوع بعينه وم89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 (وفي يحيى8 وسيد4 يعينه).

46 – في المطبوع أن وم89 ويحيى8 وسيد4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص232.

47 – في المطبوع بكذا أو قد أخذتها فرضي وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 وم89 ويحيى8 وسيد4.

48 *- في م89 ويحيى8 وسيد4 لم أرد.

49 *- في م89 ويحيى8 وسيد4 لم أرد.

50 – في المطبوع المشتري فقال البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 وفي م89 ويحيى8 (وفي سيد4 فرضي البائع ثم رجع المشتري كان له ذلك ويحلف فافهم).

نص خليل أَوْ تَسَوَّقَ بِهَا فَقَالَ بِكَمْ فَقَالَ بِمِائَةٍ فَقَالَ أَخَذْتُهَا.

متن الحطاب صحيح. اهـ. وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ البيع قول وإيجاب باللفظ الماضي والمستقبل، فالماضي فيه حقيقة والمستقبل كناية، ويقع بالصريح وبالكناية المفهوم منها نقل الملك. اهـ. وسيأتي إن شاء الله أن الخلاف الآتي في مسألة السوم يدخل في هاتين المسألتين أيضا فتأمله. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: حكى ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب الأقوال الثلاثة الآتية في مسألة السوم والمسألة الثانية في كلام المصنف؛ أعني قول المشتري أنا اشتريها بكذا، ونقله عنه ابن عرفة وقبله، وسيأتي كلامه في القولة التي بعد هذه، ولا شك أن الخلاف الذي يدخل فيها يدخل في المسألة الأولى؛ إذ لا فرق بينهما فيكون الخلاف في هاتين المسألتين وفي مسألة السوم على حد سواء. والله أعلم.

الثاني: قال في العتبية في المسألة السادسة من نوازل سحنون ومن جامع البيوع: قال سحنون عن ابن نافع عن مالك في الرجل يسوم بالدابة فيقول له رجل تبيعني بكذا وكذا فيقول لا أفعل إلا بكذا فيقول له المشتري انقصني دينارا فيقول لا أنقص فيقول له المشتري قد أخذتها بما قلت إنه يلزم ذلك البيع البائع وليس له أن يرجع. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة لا اختلاف فيها إذ تبين بتردد المماكسة أنه مجد في السوم غير لاعب. اهـ. ونقلها ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن أبي زمنين وابن يونس، ونصه: قلت في نوازل سحنون عن رواية ابن نافع/ من قال لرجل تبيعني دابتك بكذا فيقول لا إلا بكذا فيقول انقصني دينارا فيقول لا فيقول أخذتها بذلك لزم البائع البيع. ابن رشد: اتفاقا لدلالة تردد المماكسة على أنه غير لاعب. قلت: مقتضى [قوله[51]] تبيعني [أن يكون[52]] جوابه [بأبيعك،[53]] فإلزامه البيع يعارضه نقل ابن أبي زمنين أو يقيده بغير المماكسة. اهـ.

233

قلت: تأمل قوله مقتضى قوله تبيعني أن يكون جوابه أبيعك فإن الظاهر أنه لا يقتضى ذلك؛ لأنه لا يلزم إذا كان السؤال بلفظ المضارع أو الماضي أن يكون الجواب كذلك، ولو فرض أن الجواب وقع بلفظ المضارع فلا شك أن تردد المماكسة فيها ينفي احتمال عدم إرادة البيع كما قال ابن رشد، فلذلك لزم فيها البيع فيقيد كلام ابن أبي زمنين بأن لا يقترن بالكلام ما ينفي احتمال عدم إرادة البيع ولولا تردد المماكسة في المسألة المذكورة لكانت كمسألة السوم الآتية أو أحرى كما تقدم التنبيه على ذلك، والمماكسة هي الكلام في مناقصة الثمن مأخوذة من المكس وهو ما ينقصه الظالم ويأخذه من مال الناس. قاله القرطبي وغيره. والله أعلم.

ص: **أو تسوق بها فقال بكم فقال بمائة فقال أخذتها** ش: هذه مسألة السوم المتقدمة عن المدونة وهي المسألة الثالثة من المسائل التي ينعقد فيها البيع ويلزم إلا أن يحلف المنكر لإرادة البيع وهو البائع في هذه المسألة، وقوله: "تسوق بها" أي أوقفها في السوق للسوم وفاعل تسوق ضمير يعود للبائع

الحديث ....

[51] – ساقطة من المطبوع وم89 وسيد4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص233 ويحيى8.
[52] – ساقطة من المطبوع وم89 ويحيى8 وسيد4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص233.
[53] – في المطبوع بايعتك وما بين المعقوفين من ن عدود ص233 ويحيى8 وسيد4 وم89.

نص خليل ....

متن الحطاب والضمير في بها يعود للسلعة، وفاعل قال الأول والثالث يعود على المشتري، وفاعل قال الثاني يعود على البائع، ولا بد من تقدير جملة بعد قوله أخذتها وهي فقال صاحبها ما أردت البيع ويدل على ذلك قوله وحلف كما تقدم، وجميع ذلك تدل عليه القرينة ويفرقه ذهن السامع، ومعنى المسألة أن من أوقف سلعته في السوق للسوم فقال له شخص بكم تبيعها فقال صاحب السلعة بمائة مثلا، فقال المشتري أخذتها بها فقال صاحب السلعة ما أردت البيع، وإنما أردت اختبار ثمنها أو كنت لاعبا ونحو ذلك فإنه يحلف أنه ما أراد إيجاب البيع فإن حلف لم يلزمه البيع وإن لم يحلف لزمه، وهذا قول مالك في كتاب الغرر من المدونة قال فيها يحلف بالله أنه ما ساومه على إيجاب البيع وما ساومه إلا على كذا للأمر الذي يذكره فإذا حلف لم يلزمه البيع وإن لم يحلف لزمه، ولمالك أيضا في أثناء أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب أن البيع يلزمه وليس له أن يأبى، ونصه: وسئل عن الرجل [يقول لرجل[54]] قد وقف عبده للبيع بكم عبدك هذا فيقول بعشرين دينارا فيقول أخذته بذلك فيقول البائع مجيبا مكانه لا أبيعه بذلك أترى البيع لازما له قال نعم أرى ذلك لازما له وليس له أن يأبى أن يعطيه إياه بعشرين دينارا.

قال ابن رشد: وكذلك لو قال السائم أنا آخذه بكذا وكذا فقال البائع قد بعتك بذلك، فقال السائم لا آخذه بذلك لزمه الشراء على قول مالك، هذا خلاف ما في كتاب بيع الغرر من المدونة من أن ذلك لا يلزم البائع ولا المشتري بعد أن يحلف كل واحد منهما أنه ما ساومه على الإيجاب [والإمكان،[55]] وإنما كان ذلك [مبني[56]] منه على وجه كذا وكذا لأمر يذكره، وقال أبو بكر الأبهري: إن كان الذي سمى قدر قيمة السلعة وكانت تباع بمثله لزمهما البيع، وإن كان لا يشبه أن يكون ذلك ثمنها حلف أنه لاعب ولم يلزمه. انتهى. فالأقوال ثلاثة، وهكذا نقلها ابن رشد في الرسم المذكور والمصنف في التوضيح وابن عرفة وغيرهم.

ونص ابن عرفة: ومن قال لمن وقف سلعته للبيع بكم هي فقال بكذا، فقال أخذتها به، فقال لا أرضى ففي لزوم البيع لمن أوقفها ولغوه إن حلف ما ساومه على الإيجاب، ثالثها إن كان الثمن ثمنها أو ما تباع به، وإلا فالثاني لسماع القرينين ولهما ولابن رشد عن الأبهري. ابن رشد: وكذا لو قال السائم أنا آخذها بكذا فقال البائع بعتكها به فقال/ لا أرضى. انتهى. وقوله: "أو ما تباع به" لعله ثبت كذلك في نسخة من البيان بأو، وأما الذي رأيته في البيان ونقله في التوضيح وكانت تباع بالواو. والله أعلم. وظاهر كلام أبي إسحاق ترجيح رواية أشهب، فإنه قال بعد أن ذكر كلام المدونة وقول أشهب: وهذا لعمري الأشبه إذا كان عادة من يساوم إنما يذكر ما يبيع به إلا أن يظهر عذر ظاهر. انتهى. 234

تنبيهات: الأول: قول ابن رشد: وكذلك لو قال السائم أنا آخذها بكذا، فقال البائع قد بعتكها بذلك فقال السائم لا آخذها بذلك هي مسألة ابن أبي زمنين المتقدمة، وهي المسألة الثانية في كلام

الحديث ....

[54] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص233 وم90 ويحيى8 وسيد4.

[55] *– علق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب : كذا في البيان والتحصيل وكأن المراد بالإمكان التمكين أي تمكين المشتري من السلعة أو البائع من الثمن .

[56] *– في البيان ص275 ج8 وإنما كان ذلك منه على وجه كذا.

نص خليل ....

متن الحطاب المصنف في القولة التي قبل هذه؛ أعني قوله وأنا أشتريها به، وعلم منه أن الخلاف الذي في مسألة السوم هذه يدخل فيها على ما قاله ابن رشد، وإذا دخل فيها فلا شك في دخوله في أختها بطريق القياس؛ إذ لا فرق بينهما كما تقدم بيان ذلك في التنبيه الأول من شرح القولة التي قبل هذه فيكون الخلاف في المسائل الثلاث على حد السواء، غاية الأمر أنه في مسألة السوم منقول مصرح به، وفي الثانية صرح ابن رشد بأنها مثلها سواء، والثالثة كذلك، والقول الذي مشى عليه المصنف فيها هو قول مالك وابن القاسم في كتاب الغرر من المدونة، وتقدم في كلام ابن أبي زمنين أنه مذهب ابن القاسم وطريق فتياه. والله أعلم.

الثاني: الذي ارتضاه إبن رشد أن هذه الأقوال إنما هي في السلعة الموقوفة للسوم ولو لم تكن موقوفة للسوم فإنه يقبل قول ربها إنه كان لاعبا، ويحلف على ذلك ولا يلزمه البيع إلا أن يتبين صدق قوله فتسقط عنه اليمين، ونصه بعد ذكره الخلاف المتقدم: وهذا الاختلاف إنما هو في السلعة الموقوفة للبيع، وأما إن لقي رجل رجلا في غير السوق فقال بكم عبدك هذا أو ثوبك هذا أو لشيء لم يوقفه للبيع فقال بكذا فقال أخذته بذلك، فقال ربه لا أرضى إنما أنا لاعب وما أشبه ذلك فإنه يحلف على ذلك ولا يلزمه البيع إلا أن يتبين صدق قوله فتسقط عنه اليمين قولا واحدا على ما يقتضيه في هذا الرسم بعينه من سماع أشهب من جامع البيوع.

وقد ذهب بعض الناس إلى أن الخلاف في ذلك ولو لم تكن السلعة موقوفة للبيع على ما وقع في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من جامع البيوع فإنه قال إن البيع يلزمه ولم يذكر فيه أن السلعة كانت موقوفة، وذهب إلى أنه يتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: عدم اللزوم وإن وقفت على ما في المدونة، واللزوم وإن لم توقف على ما في رسم سلعة سماها المذكور، [والثالث[57]] الفرق بين أن تكون موقوفة أو لا على ما في سماع أشهب من البيوع، وليس ذلك عندي بصحيح؛ لأن مسألة رسم سلعة سماها وإن لم تكن السلعة موقوفة للبيع فذهاب المشتري بها ليستشير فيها بإذن البائع يخرجها من الخلاف، وقد بين هذا في تفسير ابن مزين. انتهى. ونقله ابن عرفة باختصار ونقلها في التوضيح أوله.

قلت: ويتبين صدق قوله -والله أعلم- بأن يكون أشهد قبل المساومة أنه لا يريد البيع وإنما يريد كذا أو بما يدل على ذلك من قرائن الأحوال، [ونص[58]] ما في رسم سلعة سماها الذي أشار إليه ابن رشد: قال مالك في الرجل يأتي بعض النخاسين الذين يبيعون الرقيق والدواب فيسومه بالرأس أو الدابة فيقول له السائم بثلاثين أو عشرين، فيماكسه حتى يقف على ثمن لا يزيده على هذا الكلام، ولا يقول له البائع إن رضيت فخذ، ولا يزيد على قوله هي بكذا وكذا فيقول السائم أذهب بها فاستشير فيها، فيقول نعم فاذهب واستشر ولا يزيده السائم على ذلك من القول فيرضى بها ويأتيه بالثمن فيقول البائع قد بدا لي وما كان بيننا إلا مساومة، أو يقول زِيدَ عليك فبعتها لا أرى ذلك له، وأراه بيعا نافذا عليه إن رضيه

الحديث ....

57 – في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 وم90 ويحيى9 وسيد4.

58 – في المطبوع نص وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 وم90 ويحيى9 وسيد4.

نص خليل ....

متن الحطاب 235

الذي ساومه وليس له أن ينزع ذلك، وأرى أن يدخله النهي عن البيع على بيع أخيه. قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة ليست بخلاف لما في كتاب الغرر من المدونة ولا لما في سماع أشهب من هذا/ الكتاب ومن كتاب البيوع؛ لأن قول البائع للمبتاع اذهب بها [فاستشر[59]] فيها دليل على أنه قد أوجب البيع على نفسه وجعل الخيار فيها للمبتاع. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن ذكر هذه المسألة: قلت فكون البائع نخاسا وهو الدلال قائم مقام وقفها للبيع. انتهى.

قلت: ما ذكره ابن عرفة غير ظاهر؛ لأنه يقتضي أن يكون كالسلعة الموقوفة وقد علمت أن الراجح فيها أن البائع يحلف ويلزمه البيع، والظاهر في المسألة ما قاله ابن رشد وأن قول البائع للمبتاع اذهب [واستشر[60]] دليل على أنه أوجب البيع على نفسه فلا يقبل قوله لا أرضى بعد ذلك وأنه خارج من الخلاف فتأمله ونقل المسألة في النوادر عن مالك في كتاب ابن المواز في ترجمة ما يلزم به البيع من التساوم، ولم يذكر فيها أن البائع نخاس، ونصه: ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن ساوم سلعة فماكسه المشتري حتى [وقفه على[61]] ثمن فلم يزده البائع على هذا ولا قال له إن رضيت فخذ، وإنما قال هي بكذا فيقول السائم أذهب بها فأشاور فيقول افعل فيذهب بها المشاور ثم يرضى ويأتي بالثمن فيبدو للبائع [أو[62]] يقول بعتها ممن زاد عليك ويقول إنما بيني وبينك سوم فالبيع تام إن رضيه المبتاع وليس من ساوم بشيء فقال المبتاع قد أخذتها فيبدو للبائع كمن وقف على ثمن سلعة ودفعها إلى المبتاع فذلك يلزمه إلا أن يقبله المبتاع، وإن هلك ذلك بيد المبتاع قبل أن يرضى به فهو من البائع. انتهى.

ونص ما في سماع أشهب من البيوع: قال أشهب سألت مالكا عن الرجل يقول للرجل أتبيعني سلعتك هذه فيقول نعم بكذا وكذا فيقول قد أخذتها فيقول رب السلعة ما أردت بيعها وإنما أردت اختبار ثمنها فقال لي سواء، أما الذي يوقف سلعته بالسوق فأرى ذلك لازما له ولا يغني عنه إباؤه وإن لم يفترقا وكان ذلك مكانهما وكانت مناكرتهما من ساعتهما، وأما الذي يعلم أنه كان لاعبا ولا يريد بيع سلعته فلا أرى ذلك لازما له ولا عليه جائزا. قال ابن رشد: هذه الرواية تدل على أن الخلاف إنما هو في الذي يسوم الرجل سلعته وقد أوقفها للبيع في السوق هل يصدق أنه لم يرد السوم، وإنما أراد اختبار ثمنها وأنه كان لاعبا وما أشبه ذلك، وأما الذي يلقى الرجل في غير السوق فيساومه في سلعته فيقول هي بكذا فلا اختلاف في أن البيع لا يلزمه إن ادعى أنه لم يكن مجدا بل لاعبا، ويحلف إن لم يتبين صدقه، وإنما يلزمه إن علم أنه كان مجدا غير لاعب إما بتردد المماكسة كرواية ابن نافع الواقعة في نوازل سحنون وإما بإقراره على نفسه إذ لا يعلم ذلك إذا لم تتردد المماكسة بينهما إلا من قبله، وقد قيل إن الخلاف يدخل في هذه أيضا على ظاهر ما

الحديث ....

[59] *- في المطبوع فاستشير وما بين المعقوفين من يحيى9.

[60] *- في المطبوع واستشير و ما بين المعقوفين من م90 ويحيى9 وسيد4.

[61] - في المطبوع المشتري وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 (وفي م90 وسيد4 المشتري حتى يقفه على ثمن) (وفي يحيى9 حتى يقف).

[62] - في المطبوع ان وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 وم90 وسيد4 (وفي يحيى9 ويقول).

نص خليل ....

متن الحطاب مضى في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم وليس ذلك عندي بصحيح على ما مضى القول فيه هنا، وقد مضى تحصيل هذه المسألة في أول رسم من سماع أشهب من العيوب، فمن أحب الشفاء فيها تأمله هناك، وقوله: وكانت مناكرتهما من ساعتهما معناه [و[63]]إن كانت مناكرتهما من ساعتهما؛ لأن الخلاف إنما هو إذا كانت مناكرتهما من ساعتهما. انتهى. وما قاله ابن رشد من أن هذه المسألة يؤخذ منها أن الخلاف إذا أوقفها في السوق صحيح؛ لأن أشهب هو الذي روى لزوم البيع في كتاب العيوب وفي كتاب البيوع، فروايته الأولى التي في كتاب العيوب إنما رواها في السلعة الموقوفة، وروايته الثانية فرق فيها بين الموقوفة فيلزم وغيرها فلا يلزم، فلم يرو أحد اللزوم في غير الموقوفة، وإنما أخذوه من ظاهر سلعة سماها، وقد تقدم [الكلام[64]] عليها، والقول الذي عزاه ابن رشد للأبهري لعله أخذه مما في كتاب ابن المواز.

قال أبو إسحاق التونسي بعد مسألة المدونة المتقدمة: وفي كتاب محمد من أوقف شاة في السوق فجاء رجل يسومه فقال أخذتها بثلاثة دراهم فأربحه درهما فباعه ثم إن البائع قال وهمت، وإنما ابتعتها بثمانية دراهم وأنا آتي على ذلك بالبينة فقال:/ أرى أن يرد عليه البيع؛ قيل لمالك فإن قال إنما كنت لاعبا وإنما هي علي بعشرة وهذه البينة على ذلك قال: ينظر فيها حينئذ فإن كان لا يباع مثلها بثلاثة دراهم حلف ما كنت إلا مازحا وما أردت بيعها بذلك، وإن كان يباع مثلها بذلك رأيت بيعها ماضيا لأنه ربما كسدت السلعة فيرضى به وتباع بالنقصان. انتهى. أما أول المسألة وهو ما إذا وهم في الثمن فمذكور في كتاب المرابحة أن المشتري مخير بين أن يرد أو يأخذها بالثمن الذي قامت به البينة وربحه، وأما آخرها فهو يشبه قول الأبهري الذي ذكره ابن رشد. والله أعلم. 236

الثالث: قول المصنف: "أو تسوق بها" لا مفهوم له على مذهب المدونة الذي مشى عليه المصنف؛ لأنه إذا لم يلزم البيع مع التسوق الذي هو مظنة الدلالة على الرضا بالبيع فأحرى إذا لم يتسوق بها فهو من باب مفهوم الموافقة، وأيضا فإنه إذا لم يتسوق بها يحلف ولا يلزمه البيع اتفاقا على ما ارتضاه ابن رشد، فقصد المصنف بيان حكم الوجه المختلف فيه ليعلم منه الحكم في الوجه المتفق عليه، ولا يقال الحكم مختلف لقول ابن رشد في الرسم المتقدم إنه إذا لقيه في غير السوق إنه يحلف ولا يلزمه البيع إلا أن يتبين صدق قوله فتسقط عنه اليمين قولا واحدا. اهـ. فأسقط عنه اليمين إذا تبين صدقه مع عدم التسوق؛ لأنا نقول الظاهر أن الحكم كذلك مع التسوق، وقد صرح أبو الحسن في شرح هذه المسألة بأن اليمين يمين تهمة وأنها لا تنقلب، وإذا كانت يمين تهمة فإنها تتوجه على المتهم على المشهور، وإذا تبين صدقه فلا تهمة حينئذ فلا تتوجه اليمين فظهر أن الحكم في الوجهين سواء. فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[63] – أشار عندها عدود ص236 ويحيى10 وسيد5 أثبتا الواو وعلق عليه الشيخ محمد سالم بقوله: وإن ليست للمبالغة وإنما الواو لعطف هذا الشرط على الشرط الذي قبله وهو إن لم يكن بيع خيار .

[64] – في المطبوع القول وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 وم91 ويحيى10 وسيد5.

نص خليل ....

متن الحطاب

الرابع: تقدم أن معنى تسوق بها أوقفها للسوم في السوق، والظاهر أن المراد بالسوق سوق تلك السلعة، وأما سوق غيرها فحكمه حكم غير السوق، وكلام الباجي في المنتقى يدل على ذلك فإنه لما ذكر الخلاف في مسألة السوم. قال فيها: فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ولا يلزمه.انتهى. وهذا ظاهر. والله أعلم.

الخامس: تحصل من هذا أن البائع إذا قال في مسألة السوم لا أرضى لأني ما أردت البيع يقبل قوله سواء تسوق بسلعته أو لم يتسوق بها، وسواء قال إنما أردت اختبار ثمن تلك السلعة أو كنت لاعبا أو غير ذلك، ويحلف أنه ما أراد إلا ذلك إلا أن يتبين صدق قوله فتسقط عنه اليمين، ويتبين صدق قوله بما تقدم من أن يكون أشهد قبل المساومة أنه إنما يريد كذا وكذا ولا يريد البيع أو ما يدل على ذلك من قرائن الأحوال، وهذا إذا أنكر البيع [مكانه[65]] من ساعته وأما لو سكت بعد قول المشتري أخذتها سكوتا يقتضي رضاه بالبيع لم يقبل قوله كما فهم ذلك من كلام ابن رشد، وكذلك إذا وقع بينه وبين المشتري تردد في المماكسة لأن تردد المماكسة يقتضي رضاه بالبيع [فيلزمه[66]] بلا خلاف كما تقدم في شرح المسألتين السابقتين في كلام ابن رشد، ونقله عنه ابن عرفة، وكذلك أيضا إذا وقع منه لفظ يقتضي الرضا بالبيع كقوله أذهب فأستشير فيها فإنه يلزمه كما تقدم في كلام ابن رشد، وكذلك إذا أقر على نفسه أنه أراد البيع ولكن قال بدا لي الآن فإنه لا يفيده ذلك، لكن تقدم في كلام ابن رشد أن ذلك لا يعلم إلا من قبله، وكل هذا أيضا يجري في قول المشتري أنا آخذها بكذا وأنا أشتريها بكذا على ما اقتضاه كلام ابن رشد المتقدم في التنبيه الأول، ويجري أيضا في قول البائع أبيعكها بكذا؛ إذ لا فرق بينهما كما تقدم وكما يؤخذ من كلام ابن رشد الآتي في التنبيه السابع. والله أعلم.

السادس: لفظ المدونة في مسألة السوم المحكي عن المشتري في جواب قول البائع بعشرة إنما هو رضيت، وحكاه المصنف بلفظ أخذتها، وكذلك ابن الحاجب. قال الوانوغي في حاشية المدونة: إن قلت لم نسب ابن الحاجب للمدونة أخذتها في مسألة المساومة وترك الرضا المذكور فيها؟ قلت: للإعلام بأنهما/ سواء وإلا فعليه درك نقله. 237

قلت: الظاهر أنهما سواء، ولذلك تبع المصنف ابن الحاجب في ذلك على أنه قد يقال لا درك على المصنف بحال؛ لأنه لم ينسب المسألة للمدونة، بخلاف ابن الحاجب فإنه نسبها للمدونة.

السابع: قال في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوكالات فيمن باع سلعة بعشرين دينارا على مؤامرة صاحبها وهو وكيل، فقال له رجل عندي زيادة فهل يخبر صاحبها بذلك: قال مالك: نعم أرى ذلك وإنما يطلب صاحبها الزيادة ولكن يبين له فرب رجل لو زاده لم يبعه يكره مخالطته، قيل له فإن أمره أن يبيعه ممن زاده فأبى أن يأخذها قال: أرى أن يلزمه البيع، قيل له

الحديث ....

[65] – في المطبوع وكانه وما بين المعقوفين من ن عدود ص236 وم91 ويحيى10 وسيد5.

[66] – في المطبوع ويلزمه وما بين المعقوفين من ن عدود ص236 وم91 ويحيى10 وسيد5.

نص خليل ....

متن الحطاب إنه يقول لا حاجة لي بها قال: يلزمه ولا حجة له، فتكلم ابن رشد أولا في جواز إخبار صاحبها بالزيادة، وسيأتي إن شاء الله كلامه في التنبيه الثامن. ثم قال: وأما قوله يلزمه البيع فهو خلاف ما في كتاب الغرر من المدونة من أنه لا يلزم المساومين [البيع[67]] لا البائع بما بذل له في سلعته ولا المبتاع بما أعطى، ولكل واحد أن يقول إنما كنت لاعبا غير مجد ويحلف على ذلك ولا يلزمه البيع، ومثل ما في سماع أشهب من كتاب العيوب في البيوع أن البيع يلزم كل واحد منهما إذا كانت موقوفة للبيع. انتهى.

قلت: قال المشذالي في حاشيته على المدونة عن الوانوغي أنه قال: الفرق بين ما في العتبية وما في المدونة أن ما في العتبية [تقرر[68]] فيها الثمن سابقا على الزيادة، فكان ذلك دليلا على اللزوم وعدم الاختيار فيلزمه البيع بالزيادة بخروجه عن المساومة لمن زاد، ولما لم يتقدم ثمن في مسألة المدونة حمل على المساومة. [وقال[69]] المشذالي بعده: ويمكن أن يفرق بينهما بأن مسألة العتبية لم يدع أنه كان هازلا، وإنما قال لا حاجة لي بها فجاز أن يكون جادا في الزيادة ثم ندم وقال لا حاجة لي بها، وهذا معنى مناسب للإلزام، فلا يلزم منه اللزوم في مسألة المدونة، كما لا يلزم من عدم اللزوم في مسألة المدونة عدمه في مسألة العتبية على الفرقين المذكورين. انتهى.

قلت: لا شك أن مسألة المدونة مغايرة لمسألة العتبية، ويفرق بينهما بالفرقين المذكورين، فإن في كلامه في مسألة العتبية أنه أمره أن يخبر صاحبها بالزيادة ويشاوره على البيع بذلك، فأمره للوكيل بذلك يقتضي رضاه بالبيع كما تقدم في قول البائع للمشتري اذهب [واستشر[70]] فيها. فتأمله. والله أعلم. وقول ابن رشد لا يلزم المساومين البيع في مسألة المدونة يريد إذا أتى كل واحد منهما بلفظ فيه احتمال كما إذا قال بكم فقال بمائة فقال له المشتري آخذها منك بالمائة فقال له البائع رضيت، فقال المشتري لا أرضى، وأما إذا أتى أحدهما بلفظ يدل على إيجاب البيع كقول المشتري في مسألة المدونة رضيت أو أخذتها بذلك أو اشتريتها بذلك فلا شك أن البيع يلزمه ولو قال بعد ذلك لم أرد البيع لم يفده، وهذا ظاهر من كلامه المتقدم في سماع أشهب. والله أعلم.

الثامن: هذا الذي تقدم حكم بيع المساومة وهو إيقاف الرجل سلعته ليساومه فيها من أرادها، وأما بيع المزايدة فقال ابن رشد في رسم القطعان من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة: الحكم فيه أن كل من زاد في السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن يمضيها له ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة وهو مخير في أن يمضيها لمن يشاء ممن أعطى فيها وإن كان غيره قد زاد عليه. هذا الذي أحفظ في هذا من قول الشيخ أبي جعفر بن رزق وهو صحيح في المعنى؛ لأن من حق صاحب السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمه إياها إن أبى وقال بعها

الحديث ....

67 - في المطبوع المبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 وم91 ويحيى10 وسيد5.

68 - في المطبوع تقدر وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 وم91 ويحيى11 وسيد5.

69 - في المطبوع قال ويحيى11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 وم91 وسيد5.

70 *- في المطبوع واستشير وما بين المعقوفين من م91 ويحيى11 وسيد5.

نص خليل ....

متن الحطاب ممن زادك أنا لا أحب معاملة الذي زادني وليس طلبي الزيادة وإن وجدتها إبراء مني [لك.[71]] اهـ. ونقله ابن عرفة في الكلام على بيع الشخص على بيع أخيه من البيوع المنهي عنها، ثم نقل عن

238 ابن حبيب ما يقتضي أن للبائع أن يلزم المشتري بعد الافتراق في بيع المزايدة، بخلاف بيع المساومة/ فإنه لا يلزمه بعد الافتراق، وذكر عن المازري أنه رد التفرقة المذكورة بأن ذلك كعرف جرى بينهم. ونصه: ابن حبيب: إن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك بخلاف بيع المزايدة يلزمه ما أعطى بعد الافتراق؛ لأن المشتري إنما فارقه في المزايدة على أنه استوجب البيع. المازري: لا وجه للتفرقة إلا الرجوع للعوائد ولو شرط المشتري إنما يلتزم الشراء في الحال قبل المفارقة أو شرط البائع لزومه له أو أنه بالخيار في أن يعرضها على غيره أمدا معلوما أو في حكم معلوم لزم الحكم بالشرط في بيع المساومة والمزايدة اتفاقا، وإنما افترقا للعادة حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما.

قال المازري: وإنما نبهت على هذا لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق في بيع المزايدة بعد الافتراق وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب اغترارا بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره فنهيته عن هذا لأجل مقتضى عوائدهم. قال ابن عرفة: قلت: والعادة عندنا اللزوم ما لم يطل زمن المبايعة حسبما تقرر قدر ذلك عندهم والأمر واضح إن بعد والسلعة ليست في يد المبتاع، فإن كانت بيده [موقوفة[72]] ففيه نظر والأقرب اللزوم كقولها إن بعد زمن مضي أيام الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع أن لا حق فيها للمبتاع إلا أن عرفنا في بيع المزايدة أنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع إلا بنص إمضائه. اهـ . وقال ابن راشد في المذهب: إذا وقع النداء على السلعة وأعطى فيها ثمنا لزمه والخيار للبائع فإن زاد عليه غيره انتقل اللزوم للثاني، وإن لم يزد عليه أحد فللبائع أخذه بذلك ما لم تطل غيبته.

ورأيت للأبياني أن الشراء لا يلزمه إذا زاد عليه غيره. اهـ. ونحوه في اللباب إلا أنه لم يذكر كلام الأبياني، والظاهر أنه يريد بقوله انتقل اللزوم للثاني؛ أي مع مشاركة الأول له في اللزوم أيضا كما تقدم في كلام ابن رشد بدليل أنه جعل كلام الأبياني مخالفا له. فتأمله. .والله أعلم. وما ذكره عن الأبياني رأيته في مسائل السماسرة له، وهو كتاب مفيد نحو كراس، وظاهر كلام ابن راشد أن المذهب ما قاله ابن رشد، ولم يذكر ابن عرفة غير كلام ابن رشد، ثم ذكر ابن عرفة مسألة وقعت في آخر رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب ولكنه ذكرها باختصار مجحف فأذكرها باختصاره مع زيادة ما أخل به منها، ونصه: وسمع القرينان من باع رقيقا بين أنه صحيح يصيح عليهم ثلاثة أيام للزيادة إن أمضى البيع بعد الثلاثة بيومين وشبههما لزم المبتاع وبعد عشرين ليلة لا يلزمه. ابن رشد: هذه المسألة صحيحة؛ لقولها في البيع على خيار ثلاثة أيام لا يلزم بمغيب الشمس من آخر أيام الخيار، وأن له الرد بعد مضي أيام الخيار ما لم يتباعد لأنه إذا تبين له أنه يصيح عليهم ثلاثة أيام للزيادة، فكل من أعطاه شيئا لزمه الشراء على أن البائع بالخيار ما لم

الحديث ....

[71] – في المطبوع إليك ويحيى11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 وم92 وسيد5.

[72] *– في المطبوع وموقوفة وما بين المعقوفين من سيد5 وم92 ويحيى11.

نص خليل ....

متن الحطاب تنقض أيام الصياح فلصاحب العبيد أن يلزم المشتري الشراء وإن انقضت أيام الصياح ما لم يتباعد ذلك، وقد قيل إنه ليس للمشتري أن يرد السلعة بعد مضي أيام الخيار، فعلى هذا القول ليس له أن يلزمه الشراء بعد انقضاء أيام الصياح، ولو كان الذي يصاح عليه في بيع المزايدة مما العرف فيه أن يمضي أو يرد في المجلس ولم يشترط أن يصيح عليه أياما لم يلزمه الشراء بعد أن ينقلب بالسلعة عن المجلس.

وقد روي ذلك عن ابن القاسم أنه سئل عن الرجل يحضر المزايدة فيزيد ثم يصاح عليه فينقلب بها أهلها ثم يأتونه من الغد فيقولون له خذها بما [زدت[73]] فهل يلزمه ذلك؟ فقال ابن القاسم: أما مزايدة أهل الميراث أو متاع الناس فلا يلزم ذلك إذا انقلبوا بالسلعة أو تركوها في المجلس أو باعوا بعدها أخرى، وإنما يلزم هذا في بيع السلطان الذي يباع على أن يستشار السلطان فيلزمه إمضاؤه إذا أمضاه السلطان وجدت هذه المسألة لابن القاسم بخط أبي عمر الأشبيلي وهي صحيحة على

239 أصولهم. اهـ. ومعنى قوله يلزمه إذا أمضاه السلطان يريد ما لم يتباعد ذلك على ما مضى/ من قول مالك في مسألة الصياح، فتحصل من كلام ابن رشد والمازري وابن عرفة في بيع المزايدة أن كل من زاد في السلعة فلربها أن يلزمه إياها بما زاد إلا أن يسترد البائع سلعته ويبيع بعدها أخرى، أو يمسكها حتى ينقطع مجلس المناداة إلا أن يكون العرف اللزوم بعد الافتراق أو يشترط ذلك البائع فيلزم المشتري البيع بعد الافتراق في مسألة العرف بمقدار ما جرى به العرف، وفي مسألة الشرط في الأيام المشروطة وبعدها بقرب ذلك على مذهب المدونة فإن شرط المشتري أنه لا يلزم البيع إلا ما دام في المجلس فله شرطه ولو كان العرف بخلافه.

وتحصل أيضا أن بيع المزايدة يلزم كل من زاد في السلعة ولو زاد غيره عليه خلافا للأبياني، وقد جرى العرف في مكة وكثير من البلاد على ما قاله الأبياني، وظاهر ما تقدم عن ابن رشد أن لربها أن يلزم كل من زاد ولو كان العرف بخلافه وجرت العادة أيضا بمكة أن من رجع بعد الزيادة لا يلزمه شيء ما دام في المجلس، وهذا –والله أعلم– مبني على القول بخيار المجلس كما هو مذهب الشافعي. والله أعلم.

فرع: قال ابن راشد في المذْهَب: ولو أوقف المنادي السلعة بثمن على التاجر وشاور صاحبها فأمره بالبيع ثم زاد غيره عليه فهي للأول. قاله الأبياني. اهـ.

قلت: ما ذكره عن الأبياني هو في مسائل السماسرة له وزاد فيها فقال وسواء ترك السمسار الثوب عند التاجر أو كان في يده وجاء به إلى ربه فقال له ربه بعه، ثم زاد فيه تاجر آخر أنه للأول. قال: وأما لو قال له رب الثوب لما شاوره اعمل فيه برأيك فرجع السمسار ونوى أن يبيعه من التاجر فزاد فيه تاجر آخر فإنه يعمل فيه برأيه ويقبل الزيادة إن شاء ولا يلزم البيع بالنية. اهـ.

قلت: وهذا إذا لم تحصل الزيادة إلا بعد مشاورة ربه وأمره السمسار بالبيع، وأما لو زاده فيه شخص قبل مشاورة رب السلعة فقد تقدم في التنبيه السابع عن مالك من رواية ابن القاسم أنه يخبر رب

الحديث ....

[73] – في المطبوع 238 زادت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في م 92 وسيد 5 ويحيى 12.

نص خليل ....

متن الحطاب

السلعة بالزيادة ولم ير ذلك من السوم على سوم أخيه؛ لأن النهي عن ذلك إنما هو مع الركون وصاحب السلعة هنا غائب لا يعلم إن كان يميل إلى البيع بذلك الثمن أم لا. وقد كره في سماع أشهب الزيادة وقال: بئسما صنع إلا أنه أجاز للوكيل أنه يخبر بالزيادة صاحب السلعة وهذا حكم بيع المزايدة، وأما بيع المرابحة وهو أن يذكر له ثمن السلعة وما صرفه عليها ويقول له المشتري أربحك في كل عشرة كذا [وكذا[74]] فإذا رضي رب السلعة بذلك فقد لزم المشتري الشراء إذا كان ذلك في فور بحيث يعد كلام أحدهما جوابا للآخر، ولم يحصل منهما إعراض عما كانا فيه كما سيأتي في التنبيه الذي بعد هذا، وليس له أن يقول لا أرضى؛ لأن ذكر الثمن والمراوضة على الربح دليل على إرادته الشراء فلا يقبل قوله لا أرضى ويعد ذلك ندما، وأما بيع الاستئمان والاسترسال وهو أن يقول بعني كما تبيع الناس فإذا أعطاه البائع مثل ما يبيع الناس فقد لزمه البيع وليس له رجوع، هذا ما ظهر لي في بيع المرابحة وبيع الاستئمان. والله أعلم.

التاسع: لم يذكر المصنف حكم تراخي القبول عن الإيجاب، وقد انجر الكلام في التنبيه الذي قبل هذا إلى ذكره. قال البساطي في شرح هذا المحل من كلام المصنف: فرعان: الأول: إذا تأخر القبول عن الإيجاب فهل ينعقد به البيع؟. قال ابن العربي: المختار جواز تأخيره. الثاني: إجازة من له الإجازة في البيع كالولي يجيز بيع السفيه والوصي يجيز بيع الصبي [ليست[75]] من أركان البيع فلا يؤخذ منه أنه لا يشترط الفور في القبول كما زعمه بعضهم. انتهى. ويشير بالفرعين لما ذكره في التوضيح عن ابن راشد القفصي أن ابن العربي أشار إلى الخلاف في ذلك، وأن المختار جواز تأخيره ما تأخر، ونص كلامه: قال ابن راشد:

فرع إذا تراخى القبول عن الإيجاب فهل يفسد البيع أم لا؟ أشار ابن العربي في قبسه إلى الخلاف في ذلك، ثم قال: والمختار جواز تأخيره ما تأخر، وفي شرح/ الجلاب المنسوب بإفريقية للشار مساحي ما يدل على اعتبار القرب. قال فيه: وإذا نادى السمسار على السلعة فأعطى فيها تاجر ثمنا لم يرض به البائع ثم لم يزد أحد على ذلك فإنها تلزمه بذلك الثمن إلا أن تطول غيبته، وفي المقدمات الذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين إن أجابه صاحبه بالقبول في المجلس لم يكن له أن يرجع، ومقتضى ذلك أنه إن لم يجبه في المجلس أنه لا يلزمه قال -يعني ابن راشد-: والظاهر ما قاله ابن العربي؛ بدليل أن المحجور عليه إذا باع من ماله أن لوصيه الإجازة وإن طال الأمد ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع وإيجاب المحجور كالعدم، وكذلك بيع الفضولي يقف القبول على رضا ربه على المشهور وإن طال، ويمكن أن يقال حصل الإيجاب والقبول ونظر الوصي والحاكم [أمر[76]] جرت إليه الأحكام. اهـ كلام ابن راشد. انتهى كلام التوضيح.

240

الحديث ....

[74] – في المطبوع كذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص239 وم92 ويحيى12 وسيد6.

[75] – في المطبوع وليست وما بين المعقوفين من ن عدود ص239 وم93 وسيد6.

[76] – في المطبوع أمرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 وم93 وسيد6

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت**: أما مسألة المحجور والفضولي فلا دليل فيهما؛ لأنه قد حصل فيهما الإيجاب والقبول كما قال وذلك ظاهر، وأما كلام الشار مساحي فهو إنما ذكره في بيع المزايدة، وحكمه ما تقدم في التنبيه الذي قبل هذا عن ابن رشد في رسم القطعان أن كل من زاد في السلعة كان لربها أن يلزمه إياها وإن زاد غيره عليه ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى ينقضي مجلس المناداة، وتقدم ما للأبياني في ذلك وما في ذلك من البحث، وأما بيع المساومة، فالذي يقتضيه كلام أهل المذهب أن الحكم فيه كما قال صاحب المقدمات في كلامه المتقدم في نقل التوضيح إلا أن فيه سقطا، ولفظ المقدمات في أواخر كتاب الخيار منها لما ذكر حديث {البيعان بالخيار}، ويحتمل أن تكون فائدة الحديث عند من ذهب إلى أن التفرقة بالأقوال أن من أوجب البيع من المتساومين لصاحبه لا يلزمه وله الرجوع عنه في المجلس ما لم يجبه صاحبه بالقبول فيه، وهذا ظاهر إلا أنه ليس على مذهب مالك، وإنما هو قول محمد بن الحسن، والذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين لزمه إن أجابه صاحبه في المجلس بالقبول ولم يكن له أن يرجع قبل ذلك. اهـ. وله نحوه في البيان في أواخر الرسم الأول من سماع أشهب من كتاب العيوب، ونصه: إذا قال البائع قد بعتك بكذا وقال المشتري قد اشتريت منك بكذا وكذا فلا اختلاف في أن ذلك لازم لكل واحد منهما إذا أجابه صاحبه بالإمضاء والقبول قبل التفرق من المجلس. اهـ. وتقدم كلامه هذا في آخر الكلام على قوله ينعقد البيع بما يدل على الرضا.

قلت: وينبغي أن يقيد ذلك بأن لا يحصل بينهما فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه كما تقدم في بيع المزايدة أنه إذا أمسك البائع السلعة التي نادى عليها وباع بعدها أخرى لم يلزم المشتري البيع، وقد يؤخذ ذلك من قول ابن رشد إذا أجابه فإنما يكون جوابا في العرف إذا لم يحصل بينهما فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه، وهو الذي يقتضيه كلام ابن العربي في القبس كما رأيته فيه، ونقله عنه ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن رشد، ونصه: [وموجب[77]] لزومه أول عاقده قرب قبوله الآخر. ابن رشد: لو قال أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت فلم يقل أخذتها حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء اتفاقا.

وفي القبس: الإيجاب على الفور عند الشافعي، وقيل يجوز اليسير من الزمان، وقيل الكثير، ومقتضى الدليل جواز تأخيره لما لا يبطل كونه جوابا وإن طالت المدة. اهـ. وأما ما ذكره ابن راشد القفصي عنه، ونقله عنه في التوضيح فلم أقف عليه في كلامه وهو مشكل، فإنه يقتضي أنه ينعقد ولو حصل القبول بعد التفرق من المجلس والطول، وقد تقدم في كلام ابن رشد أنه لا يلزم اتفاقا، والذي تحصل عندي من كلام أهل المذهب أنه إذا أجابه في المجلس بما يقتضي الإمضاء والقبول من غير فاصل لزمه البيع اتفاقا، وإن تراخى القبول عن الإيجاب حتى/ انقضى المجلس لم يلزمه البيع اتفاقا، وكذا لو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جوابا للكلام السابق في العرف لم ينعقد البيع كما يفهم من كلام ابن عرفة ومن كلام ابن رشد في بيع المزايدة 241

الحديث ....

---

[77] – في المطبوع وموجبه وما بين المعقوفين من م93 ويحيى13 وسيد6.

نص خليل وَشَرْطُ عَاقِدِهِ تَمْيِيزٌ إِلاَّ بِسُكْرٍ فَتَرَدُّدٌ.

متن الحطاب ومن قوله في بيع المساومة إن أجابه صاحبه في المجلس كما تقدم بيانه، ولا يشترط أن لا يحصل بين الإيجاب والقبول فصل بكلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيرا، كما يقوله الشافعية، ولا يقال كلام ابن [راشد[78]] وابن العربي في انعقاد البيع وعدم انعقاده، وكلام ابن رشد وابن عرفة إنما يقتضي عدم اللزوم، ولا يلزم من نفي اللزوم نفي الانعقاد؛ لأنا نقول لا موجب هنا لعدم اللزوم في حق من صدر منه ما يدل على الرضا إلا كونه لم ينعقد عليه البيع لعدم إجابة صاحبه بما يدل على الرضا في وقت يكون كلامه جوابا لكلامه فتأمله. والله أعلم. وهذا كله في بيع المساومة، وقد تقدم حكم بيع المزايدة وبيع المرابحة وبيع الاستئمان والاسترسال.

العاشر: في كلام المقدمات الذي ذكرته فائدة أخرى، وهي لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول، وحكى القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ في ذلك خلافا، وظاهر كلامه أنه في المذهب رواية عن مالك ولكن الجاري على المذهب ما ذكره ابن رشد. والله أعلم.

الحادي عشر: [قول[79]] ابن رشد لو قال أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت فلم يقل أخذتها حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء اتفاقا [فيه[80]] فائدة أخرى وهي أنه يقتضي أن المشتري لو أجابه بما يقتضي القبول في المجلس لزمه البيع، ولا يضره قول البائع بعتك سلعتي إن شئت وهو ظاهر، وللشافعية في ذلك كلام، وقال ابن عرفة بعد كلامه السابق الذي نقله عن ابن العربي: قلت كتب موثق بيع مسافر عبر عنه بعت موضع كذا من زوجتي فلانة بكذا إن قبلت وبينه وبينها مسافة شهرين فقال ابن عبد السلام مدة قضائه لا أجيز هذا البيع على هذه الصفة فبدلت الوثيقة بحذف إن قبلت فقبلها فلعله رأى الأول خيارا والثاني وقفا. اهـ. وانظر ما معنى قوله: "وقفا" ويمكن أن يقال إنما لم يجز الأول؛ لأنه بيع خيار إلى أمد بعيد، بخلاف الثاني فإنه إقرار بيع فتأمله. والله أعلم.

ص: **وشرط عاقده تمييز إلا بسكر فتردد** ش: لما فرغ من الكلام على الركن الأول من أركان البيع الذي هو الصيغة أتبع ذلك بالكلام على الركن الثاني وهو العاقد، وتقدم أن المراد به البائع والمشتري والضمير المضاف إليه عائد إلى البيع، وفي الكلام حذف والمعنى أنه يشترط في انعقاد البيع أن يكون عاقده مميزا هذا أقرب إلى لفظه من قول الشارح؛ يعني أنه يشترط في صحة بيع عاقد البيع التمييز وإن كان المعنى واحدا، وعلم أن ذلك شرط في صحة البيع من عطفه عليه شرط اللزوم، وإذا كان شرط عاقده التمييز فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء ولا شراؤه، فإن كان عدم تمييزه لسكر أدخله على نفسه ففي انعقاد بيعه وشرائه تردد [أي[81]] اختلف المتأخرون في نقل المذهب في ذلك. قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "وشرطه التمييز، وقيل إلا السكران" يعني أنه

الجديث ....

---

[78] *- في المطبوع رشد ويحيى13 وما بين المعقوفين من م93 وسيد6.

[79] – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص241 وم93 ويحيى13 وسيد6.

[80] – في المطبوع وفيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص241 وم93 ويحيى13 وسيد6.

[81] *- في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من م93 وسيد6 ويحيى13.

نص خليل ....

متن الحطاب يشترط في العاقد أن يكون مميزا، ولا يشترط العقل فيدخل الصبي ويخرج السكران لوجود التمييز في الصبي وفقده من السكران والعقل مفقود منهما. اهـ . وقال في التوضيح: أي شرط صحة بيع العاقد وشرائه أن يكون مميزا فلا ينعقد بيع غير مميز ولا شراؤه لصغر أو جنون أو إغماء أو سكر، ولا إشكال في الصبي والمجنون والمغمى عليه، وأما السكران فهو مقتضى ما ذكر ابن شعبان فإنه قال: ومن الغرر بيع السكران وابتياعه إذا كان سكره متيقنا ويحلف بالله ما عقل حين فعل ذلك ثم لا يجوز ذلك عليه، قال المصنف:/ وظاهره أنه لا ينعقد لأنه جعله من الغرر. اهـ. 242

قلت: نحوه في الجواهر قال فيها: الركن الثاني: العاقد، وشرطه التمييز فلا ينعقد بيع غير المميز لصغر أو جنون أو إغماء وكذلك السكران إذا كان سكره متحققا. قال أبو إسحاق: ويحلف بالله مع ذلك ما عقل حين فعل ثم لا يجوز عليه، وقال ابن نافع: ينعقد بيع السكران والجمهور على خلافه. اهـ . وتبعه ابن الحاجب، وتقدم لفظه، وهكذا قال ابن راشد في المذْهَبْ إن بيع السكران المحقق السكر لا ينعقد على المشهور، وقال ابن نافع ينعقد. اهـ. ثم قال في التوضيح إثر كلامه السابق: والذي ذكره صاحب البيان وصاحب الإكمال أنّ مذهب مالك وعامة أصحابه أنه لا تلزمه عقوده، وتأول ابن رشد قول مالك في العتبية في نكاحه لا أراه جائزا على أن معناه لا أراه لازما [لا[82]] أنه فاسد. وقال في موضع آخر لا يقال في بيع السكران إن مذهب مالك أنه غير منعقد وإنما يقال إنه غير لازم. اهـ كلام التوضيح. فقول المصنف: "إلا بسكر فتردد" مستثنى من محذوف دل عليه الكلام السابق؛ أي فلا ينعقد بيع غير المميز إلا أن يكون عدم تمييزه بسكر أدخله على نفسه ففي انعقاد بيعه تردد أي طريقان، فطريقة ابن شعبان وابن شأس وابن الحاجب ومن تبعهم أنه غير منعقد، وطريقة الباجي وابن رشد وصاحب الإكمال أنه منعقد على ما نقله المصنف في التوضيح.

تنبيهات: الأول: ما ذكره المصنف عن ابن رشد [هو[83]] في شرح أول مسألة من كتاب النكاح ذكر فيها الكلام الأول والثاني والثالث إلا أن كلامه يقتضي أن هذا كله في السكران الذي معه بقية من عقله، وظاهر كلام المصنف في التوضيح يقتضي أن كلام ابن رشد الذي ذكره في السكران الذي لا يميز، ونص كلام ابن رشد: السكران قسمان سكران لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا خلاف أنه كالمجنون في جميع أحواله وأقواله فيما بينه وبين الله وفيما بينه وبين الناس إلا فيما ذهب وقته من الصلوات فقيل إنه لا يسقط عنه بخلاف المجنون من أجل أنه أدخل السكر عليه فكأنه تعمد تركها، والثاني السكران المختلط الذي معه بقية من عقله فاختلف أهل العلم في أقواله وأفعاله على أربعة أقوال أحدها: أنه كالمجنون فلا يحد ولا يقتص منه ولا يلزمه بيع ولا عتق ولا طلاق ولا شيء من الأشياء، وهو قول محمد بن عبد الحكم وأبي يوسف، واختاره الطحاوي، والثاني أنه كالصحيح؛لأن معه بقية من عقله، وهو قول ابن نافع أنه يجوز عليه كل ما فعل من بيع أو غيره

الحديث ....

---

82 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ن ص242 وم94 ويحيى14 وسيد6.

83 – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص242 وم94 وسيد6

نص خليل ....

متن الحطاب وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، والثالث تلزمه الأفعال ولا تلزمه الأقوال؛ فيقتل بمن قتل ويحد في الزنا والسرقة ولا يحد في القذف ولا يلزمه طلاق ولا عتق وهو قول الليث، والرابع تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا [يلزمه[84]] الإقرارات والعقود، وهو مذهب مالك وعامة أصحابه وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن ما لا يتعلق به حق الله من الإقرارات والعقود إذا لم يلزم السفيه والصبي لنقصان عقلهما فأحرى أن لا يلزم السكران لنقصان عقله بالسكر وما سوى ذلك مما يتعلق به حق الله يلزمه، ولا يسقط قياسا على ما أجمعوا عليه من أن العبادات من الصوم والصلاة تلزمه، وقول مالك في أول المسألة في نكاحه لا أراه جائزا ليس معناه أنه عقد فاسد، إنما معناه لا أراه جائزا عليه ولا لازما له إن أراد الرجوع فيه وادعى أنه لا يعرف قدر ما عقده من ذلك على نفسه من أجل سكره وذلك إذا أقر له خصمه بما ادعاه، وأما إن أنكره فلا يصدق ويلزمه النكاح إلا أن تكون له بينة أنه كان سكرانا[85] لا يعقل.

واختلف إن قالت البينة إنها رأت منه اختلاطا ولم تثبت الشهادة بسكره على قولين؛ [المشهور[86]] أنه يحلف ولا يلزمه النكاح، ورواه زياد عن مالك، وقاله في المبسوط، ومثله المريض

243 يطلق ثم يدعي أنه لم يكن في عقله على ما في سماع ابن القاسم من طلاق/ السنة والايمان والطلاق، والثاني أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين ويلزمه النكاح، وهو دليل قول أشهب في هذه الرواية وقول سحنون، ولا يجوز نكاحه ولا بيعه ولا هبته ولا إقراره بالدين معناه أنه لا يلزمه شيء من ذلك وله أن يرجع عنه إذا ما أفاق على ما بيناه من مذهب مالك، وقوله الكتابة والتدبير كالعتق والحدود في لزومه إياه صحيح على مذهب مالك، وأما وصيته بالعتق وغيره فالصحيح على مذهب مالك أنها جائزة على القول الذي رجع إليه سحنون؛ لأن حكم وصيته حكم ما عقده على نفسه من البيع وغيره، ولا يقال في شيء من ذلك على مذهب مالك أنه غير منعقد عليه، وإنما يقال فيه على مذهبه أنه غير لازم له إن أراد الرجوع فيه إذا ما أفاق من سكره فإذا لم يرجع في وصيته حتى مات وجب أن تنفذ كما تنفذ وصية الصحيح وقول سحنون غلط.انتهى باختصار. وأكثره باللفظ وكلام صاحب الإكمال أصله للمازري، وهو يقتضي أنه إنما تكلم على من معه بقية من عقله.

المازري قال في كتاب البيوع من المعلم: وأما بياعاته ففيها عندنا قولان جمهور أصحابنا على أنه لا يلزمه لأنه بسكره نقص ميزه في معرفته بالمصالح كالسفيه والسفيه لا يلزمه بيعه، وذهب بعض أصحابنا إلى أنه تلزمه بياعاته. انتهى. وقال الباجي في المنتقى بعد أن ذكر لفظ الموطإ بلزوم السكران طلاقه: والذي عندي في هذا أن السكران المذكور لا يذهب عقله جملة وإنما يتغير مع صحة قصده إلى ما يقصده، وأما إن بلغ إلى حد يغمى عليه ولا يبقى له عقل جملة فلا يصح منه نطق إذا بلغ هذه الحالة، ولا يتهيأ منه ضرب ولا قصد إلى قتل ولا غيره، وإنما تكلم الفقهاء على المعتاد من سكر الخمر أنه ليس كالجنون

الحديث ....

[84] *– ويحيى14 تلزمه.

[85] *– علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب: هكذا في النسخ والصواب سكران.

[86] *– ساقطة من المطبوع وردت في م94 ويحيى14 وسيد6.

نص خليل ....

متن الحطاب الذي يذهب العقل جملة وإنما يتغير العقل تغيرا يجترئ [معه[87]] على معان لا يجترئ عليها صاحيا كالسفيه، ولو علم أنه بلغ إلى حد الإغماء لما اقتص منه، ولا لزمه طلاق ولا غيره كسائر من أغمي عليه. انتهى. إذا علم ذلك فالذي يظهر من كلامهم أن السكران الذي لا تمييز عنده كالمجنون اتفاقا، وهو الذي عزاه ابن عرفة للباجي وابن رشد، ونصه: ابن رشد والباجي إن لم يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فكالمجنون اتفاقا وإن كان له بقية من عقله، فالقولان أي في لزوم البيع لا في انعقاده، وإذا علم هذا فيشكل ما ذكره المصنف من التردد في انعقاد بيع السكران غير المميز؛ لأنه يقتضي أن هناك طريقة تحكى عن المذهب أو عن المشهور فيه أن بيعه منعقد، وقد علمت أن طريقة الباجي وابن رشد أنه كالمجنون فلا ينعقد بيعه اتفاقا، وطريقة ابن شعبان أن فيه خلافا، والمشهور عدم الانعقاد، إلا أن يكون مراد المصنف حكاية اختلاف الطريقين في عدم الانعقاد هل ذلك باتفاق أو على المشهور؟ لكنه خلاف عادته ولا كبير فائدة فيه؛ لأن غرض كتابه بيان المعتمد في المذهب، وهو أيضا خلاف ما يفهم من كلامه في التوضيح، ولا يقال يصح التردد على طريقة من يحكي الخلاف في بيع السكران مطلقا من غير تفصيل بين المميز وغيره كاللخمي وابن بشير فإنهما ذكرا في كتاب الأيمان بالطلاق في ذلك قولين، ونقلهما ابن عرفة هنا عن اللخمي؛ لأنا نقول إنما حكى اللخمي وابن بشير الخلاف في اللزوم لا في الانعقاد، ثم إنهما ذكرا أن الأكثر على عدم اللزوم ولم يتكلما على عدم الانعقاد. والله أعلم.

فتحصل من هذا أن المعتمد من المذهب عدم انعقاد بيع السكران غير المميز، فلو أسقط المصنف قوله: "إلا بسكر فتردد" لكان أحسن وأخصر، وإذا لم ينعقد بيعه وشراؤه لم يلزمه، والشاذ انعقاد بيعه ولزومه كما ذكره في التوضيح، وأما السكران المميز فلا خلاف في انعقاد بيعه، وإنما اختلفت الطرق في لزومه فحكى ابن رشد الخلاف في ذلك قال: وقول مالك وعامة أصحابه أنه لا يلزمه، وهو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب، وعزاه في المعلم لجمهور أصحابنا.

244 قال في التوضيح: وعلى طريق ابن شعبان والقاضي عياض لا خلاف في/ لزومه.

قلت: وفي عزوه ذلك للقاضي عياض نظر فليتأمل، والظاهر من كلام أهل المذهب عدم اللزوم كما قال ابن رشد. والله أعلم.

الثاني: قال ابن عرفة: السكران بغير خمر كالمجنون. انتهى.

قلت: وهذا إذا شرب شيئا مباحا أو تداوى به ولم يعلم أنه يسكره، وأما إذا شربه وهو عالم بإسكاره فلا فرق بين الخمر وغيرها كما تقدم في الطلاق. والله أعلم.

الثالث: ما تقدم من عدم انعقاد بيع المجنون هو الذي صرح به ابن شأس في الجواهر وابن راشد في المذهب والمصنف في التوضيح وغير واحد. وقال ابن عرفة: عقد المجنون حال جنونه ينظر له السلطان بالأصلح في إتمامه وفسخه إن كان مع من يلزمه عقده لقولها: من جن في أيام الخيار نظر له السلطان،

الحديث ....

[87] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص243 وم94 وسيد6 ويحيى14.

نص خليل وَلُزُومِهِ تَكْلِيفٌ.

متن الحطاب ولسماع عيسى ابن القاسم إن باع مريض ليس في عقله فله أو لوارثه إلزامه المبتاع. ابن رشد: لأنه ليس بيعا فاسدا كبيع السكران على قول من لا يلزمه بيعه. اهـ.

قلت: في استشهاده بمسألة المدونة نظر؛ لأن الجنون إنما طرأ فيها بعد العقد، وأما مسألة العتبية فظاهرها شاهد لما قاله وهي في رسم القطعان من سماع عيسى من جامع البيوع، وقوله: "كبيع السكران" تشبيه بأصل المسألة في الانعقاد وعدم اللزوم وليس تمثيلا للبيع الفاسد كما قد يتبادر للفهم، ولفظ ابن رشد في شرح المسألة المذكورة هذا بين لأنه ليس بيعا فاسدا، وإنما هو بيع للبائع فيه الخيار من أجل أنه لم يكن في عقله كبيع السكران على مذهب من لا يلزمه بيعه. انتهى. وفي أول كتاب البيوع من التنبيهات نحو كلام ابن عرفة فإنه جعل بيع المجنون من البيوع الموقوفة لإجازة من له النظر، ونصه في أول البيوع الفاسدة مما [يفسد[88]] لعلة تلحقه ما في عاقديه علة. قال: كالسفيه والصغير والمجنون والرق والسكران إلا أن العقد هنا موقوف لإجازة من له النظر، وليس بفاسد شرعا. انتهى بلفظه. ونقله أبو الحسن الصغير ولم يتعقبه.

قلت: والأولى أن يحمل كلام العتبية وابن رشد وصاحب التنبيهات وابن عرفة على من عنده شيء من التمييز وحصل عنده شيء من الاختلاط كالمعتوه، ويشهد لذلك تشبيه ابن رشد له ببيع السكران، وقد تقدم في كلامه أن الخلاف إنما هو في لزوم بيع السكران الذي عنده شيء من التمييز، وأما من ليس عنده شيء من التمييز فالظاهر أن بيعه غير منعقد؛ لأنه جاهل بما يبيعه وما يشتريه وذلك موجب لعدم انعقاد البيع كما سيأتي.

فرع: قال الدماميني في حاشية البخاري في أوله عن مالك: إن المذعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره من بيع وإقرار [وغيره.[89]] انتهى.

الرابع: تقدم في باب الحج عن ابن فرحون أن الصبي المميز هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب، ولا ينضبط ذلك بسن بل يختلف باختلاف الأفهام، ونحوه لابن جماعة الشافعي في منسكه، وعن البساطي أنه الذي عقل الصلاة والصيام، وتقدم أن الأول أحسن، والظاهر أن المراد بقوله يفهم الخطاب ويرد الجواب أنه إذا كلم بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه لا أنه إذا دعي أجاب. والله أعلم.

245 ص: ولزومه تكليف ش: لما ذكر ما يشترط في صحة انعقاد البيع ذكر ما يشترط في لزوم البيع/ لعاقده؛ إذ لا يلزم من انعقاد البيع لزومه، والمعنى أنه يشترط في لزوم البيع أن يكون عاقده مكلفا فلو باع الصبي المميز أو اشترى انعقد بيعه وشراؤه ولكنه لا يلزمه، ولوليه النظر في إمضائه ورده بما يراه أنه الأصلح للصبي، وظاهر كلامه أن بيع السفيه البالغ والعبد البالغ الذي لم يؤذن له والمفلس لازم لهم لأنهم مكلفون وليس كذلك، بل تصرفهم غير لازم ولولي السفيه والسيد والغرماء النظر في ذلك، وتبع المصنف في هذه العبارة ابن الحاجب، وقد اعترضه ابن عبد السلام وغيره بما ذكرنا. ثم قال ابن

الحديث ....

[88] *- في المطبوع يفسده وما بين المعقوفين من ن عدود 244 وم65 وسيد7 ويحيى15.
[89] *- في يحيى15 أو إقرار وغير ذلك.

نص خليل ....

متن الحطاب عبد السلام: إلا أن يقال إذا أخذ التكليف مأخذ الشرط لا يلزم من وجوده الوجود قال وفيه نظر هنا؟ انتهى.

قلت: وجه النظر -والله أعلم- أن عادة الفقهاء في مثل هذا [المقام[90]] أن يذكروا جميع شروط المسألة حتى انتفاء الموانع [ووجود[91]] الأسباب بحيث إنه إذا وجد جميع الشروط التي يذكرونها وجد المشروط فيكون ذلك كالضابط للمتعلمين فالاقتصار على ذكر بعض الشروط في مثل هذا المقام مخل بالمقصود فتأمله. والذي يظهر من كلام المصنف هنا وفي التوضيح أنه ليس مراده بالتكليف هنا ما هو المشهور وهو التكليف بالعبادات التي تترتب على البلوغ والعقل، بل مراده به هنا ما هو أخص من ذلك وهو التكليف بأحكام البيع الذي يترتب على الرشد والطوع على ما ذكره في التوضيح عن ابن راشد القفصي، ونصه: قال ابن راشد: عبر يعني ابن الحاجب بالتكليف عن الرشد والطوع؛ لأن السفيه لا يلزمه البيع بل لوليه أن يفسخ وكذلك من أجبر على البيع لا يلزمه البيع؛ يعني إذا أجبر جبرا حراما. ثم قال خليل: وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح؛ لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف، وأما السفيه فلقائل أن يقول لا نسلم أنه غير مكلف بالبيع، فإن قيل لو كان مكلفا به لزمه البيع قيل يحتمل ولو قلنا إنه مكلف بالبيع إذ لا نقول بإمضائه للحجر فتأمله. اهـ.

قلت: أما كون المكره على البيع غير مكلف به شرعا فصحيح؛ لعدم وجود الرضا المشترط في البيع، وأما ما ذكره عن الأصوليين في مسألة الإكراه الملجئ فلا دليل فيه؛ لأن مسألة الأصوليين التي اختلفوا فيها هي امتناع تكليف المكره عقلا وجواز ذلك عقلا، فذهب المعتزلة إلى امتناعه عقلا ورجحه ابن السبكي في جمع الجوامع، وذهب الأشاعرة إلى جواز ذلك عقلا، وإليه رجع ابن السبكي آخرا، وأما الشرع فأسقط التكليف بالإكراه في كثير من المسائل منها البيع وتوابعه ولم يسقطه في بعض المسائل، واختلف الفقهاء في إسقاطه للتكليف في بعض المسائل لمدارك مذكورة في محلها ليس هذا محل تفصيلها.

وأما السفيه فالظاهر أنه غير مكلف بالبيع أيضا؛ لأن التكليف هو الإلزام فإذا لم يلزمه البيع فهو غير مكلف به، ويؤخذ ذلك من كلام القرافي في الفرق السادس والعشرين في الفرق بين خطاب الوضع وخطاب التكليف؛ لأن خطاب التكليف يشترط فيه علم المكلف وقدرته على ذلك الفعل وكونه من كسبه وخطاب الوضع لا يشترط فيه شيء من ذلك، وأنه يستثنى من ذلك قاعدتان إحداهما أسباب العقوبات كالقصاص في العقل والثانية أسباب انتقال الملك كالبيع والهبة فإن ذلك وإن كان من خطاب الوضع فقد اشترطوا فيه علم المكلف وقدرته على الفعل، ثم ذكر أن خطاب الوضع وخطاب التكليف قد يجتمعان وقد ينفرد كل واحد منهما، وأن مما يجتمعان فيه البيع؛ لأنه من جهة كونه يجب أو يحرم أو يندب من خطاب التكليف ومن جهة أنه سبب لانتقال الملك من خطاب الوضع.

الحديث ....

[90] - في المطبوع الكلام وما بين المعقوفين من ن عدود ص245 وم95 وسيد7 ويحيى15.

[91] - في المطبوع ووجوه وسيد7 وما بين المعقوفين من ن عدود ص245 وم95 ويحيى15.

نص خليل ....

متن الحطاب 246

انتهى. فإذا علم ذلك فالبيع سواء كان من خطاب الوضع أو من خطاب التكليف يشترط فيه علم المكلف وقدرته، والسفيه غير عالم بمصالحه، والمكره غير قادر على أن يمتنع مما أكره/ عليه فقد ظهر أنهما غير مكلفين وصح ما قاله ابن راشد وما استظهرناه من كلام المصنف من أنه ليس مراده هنا بالتكليف معناه المشهور وهو التكليف بالعبادات الذي ترتب على البلوغ والعقل، بل مراده به هنا ما هو أخص من ذلك وهو التكليف بأحكام البيع الذي ترتب على الرشد والطوع، ولهذا فرع عليه قوله "لا إن أجبر عليه جبرا حراما" إلا أنه يصير في العبارة قلق فإن معناها حينئذ وشرط لزوم البيع الإلزام به وذلك دور، فلو قال وشرط لزومه رشد وطوع لكان أحسن، وقول ابن غازي: لو قال رشد لكان أولى؛ لأنه أعم يوهم أن اقتصاره على الرشد كاف وليس كذلك، وقوله: "لأنه أعم" صوابه لأنه أخص فتأمله. والله أعلم. وظاهر كلام الشارح والبساطي حمل التكليف في كلام المؤلف على خلاف ما تقدم وليس بظاهر، بل الظاهر حمله على كلام ابن راشد المتقدم. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: خرج باشتراط الرشد كل محجور عليه كالصغير والسفيه والعبد البالغ الذي لم يؤذن له في البيع والشراء وكل من فيه شائبة رق من مدبر وأم ولد ومعتق لأجل ومبعض إلا المكاتب فإنه أحرز نفسه وماله.

الثاني: إذا باع السفيه أو اشترى أو الصغير في حال حجره بغير إذن وليه فإنه يصح ويوقف على نظر وليه بذلك من أب أو وصي أو مقدم من جهة القاضي فيجيزه أو يرده بحسب ما يرى أنه الأصلح، فإن لم يعلم وليه أو علم ولم ينظر في ذلك حتى خرج السفيه [من[92]] الحجر خير في إجازة ذلك ورده فإن لم يكن له ولي قدم القاضي من ينظر في حاله، فإن لم يفعل حتى ملك أمر نفسه فهو مخير في رد ذلك وإجازته. والله أعلم.

الثالث: إذا باع المحجور أو اشترى بحضرة وليه وسكت الولي على ذلك ففي ذلك خلاف. قال ابن سلمون في ترجمة إنكاح الأب والوصي الصغير والمحجور: قال أبو إبراهيم في مسائله: كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصي وشهادته مما هو نظر لليتيم فذلك لازم لليتيم نكاحا كان أو بيعا أو شراء أو غير ذلك من مصالحه، وما كان من ذلك ليس بمصلحة ولا غبطة لليتيم فهو لازم للوصي؛ بتضييعه [وتفريطه[93]] في منعه مما ليس بمصلحة، وقد نزل ذلك عندنا فأشرنا على القاضي بذلك إلا رجلا منا فإنه رأى أن ذلك غير لازم لليتيم ولا للوصي ورأى أن ذلك سقطة من الوصي توجب عزله عن اليتيم ولا توجب عليه الضمان وهو عندنا ضعيف؛ لأن الوصي أمين، وكل أمين إذا ضيع أمانته أو تعدى فيها فهو ضامن لها، وذكر الأبهري أن سكوت الوصي إذا رأى محجوره يبيع ويشتري ليس برضا ولا يلزمه ذلك، وكذلك الصغير بمحضر أبيه، وفي كتاب الاستغناء نحو ما ذكره الأبهري في الوصي. انتهى. وقال ابن سلمون أيضا في ترجمة السفيه والمحجور: قال الأبهري: فإن رأى الوصي

الحديث ....

[92] *- في المطبوع عن وما بين المعقوفين من م96 ويحيى16 وسيد7.

[93] *- في م96 وسيد7 ويحيى16 وتقصيره.

نص خليل ....

متن الحطاب المولى عليه يبيع ويشتري وهو ساكت فليس عليه شيء يلزمه لذلك؛ لأن في الأصل لا يجوز بيعه وشراؤه فمن باع منه [أو ابتاع[94]] فقد أتلف ماله، وليس سكوت الوصي رضا بذلك لأن من عرف حاله ذلك وجب عليه الامتناع، ومن لم يعرف وجب عليه البحث، وكذلك الصغير يبيع أو يشتري بمحضر أبيه. انتهى. وذكر في الطرر في الجزء الثاني في ترجمة فسخ الوصي نكاح اليتيم بغير إذن الوصي كلام أبي إبراهيم، وذكر في الجزء التاسع من الطرر في ترجمة وثيقة تسجيل القاضي بالولاية على رجل كلام الأبهري وقال: وليس سكوت الوصي رضا بذلك لأن من عرف حاله وجب عليه اجتنابه، ومن لم يعرف حاله وجب عليه تعرف حاله وذكر كلام الاستغناء.

وقال ابن راشد القفصي في المذهب في أول كتاب البيع: ولا يكون سكوت الوصي حين رآه يبيع رضا منه بذلك. انتهى. وقال البرزلي في أوائل مسائل النكاح: إذا كان المحجور يبيع ويشتري ويأخذ 247 ويعطي برضا حاجره وسكوته فيحمل على أنه هو الذي فعله بذلك. أفتى شيخنا الإمام -يعني/ ابن عرفة- وبذلك وقع الحكم بتونس وذلك في مسائل المحجور. انتهى. فتحصل فيما باعه بحضرة وليه وسكوته قولان أحدهما أن ذلك كفعل الولي، وهو قول أبي إبراهيم وأفتى به ابن عرفة ووقع الحكم به بتونس وبه أفتيت، والثاني أنه غير لازم له [وعلى[95]] الأول فإن كان صوابا ومصلحة لزم المحجور، وإن كان غير مصلحة نقض ما دام المبيع قائما بيد المشتري، فإن فات من يده ببيع أو غيره لم ينقض ورجع على المشتري بكمال القيمة على ما أفتى به ابن رشد، وسيأتي كلامه في القيام [بالغبن[96]] إن شاء الله، وإن تعذر الرجوع على المشتري بكل وجه وكان الوصي عالما بأنه غير مصلحة فالظاهر أنه يضمن كما قاله أبو إبراهيم.

الرابع: قال في المدونة: ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه [الآن،[97]] وأستحب له إمضاءه ولا أجبره عليه. قال القاضي عياض: ظاهره أنه راجع للجميع وعلى ذلك اختصره المختصرون، وظاهر الأمهات أنه راجع للعتق والصدقة والهبة لغير ثواب وعلى الجميع اختصره المختصرون، وأنه يستحب له إمضاء جميع ما فعله وفيه نظر، والصحيح [سواه[98]] وأنه لا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله فيه قربة، وأما ما كان بينه وبين العباد فأي استحباب في هذا فكذا جاء منصوصا في سماع أشهب على ما تأولناه. انتهى. ونقله الشيخ أبو الحسن الصغير. ثم قال: الشيخ: وقد يكون فيه قربة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء [عقدته[99]] لغبطة بها كما تكون في الإقالة والتولية والشركة. انتهى.

الخامس: إذا باع العبد بغير إذن سيده أو اشترى فللسيد رده وإجازته، وإن لم يرد ذلك حتى أعتقه

الحديث ....

[94] *- في المطبوع وابتاع وما بين المعقوفين من م96 وسيد7 ويحيى16.
[95] *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من م96 ويحيى16 وسيد7.
[96] *- في المطبوع بالصغير وما بين المعقوفين من م96 وسيد7 ويحيى16.
[97] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 وم96 وسيد7 ويحيى17.
[98] - في المطبوع سواء وم96 ويحيى17 وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 وسيد7.
[99] - في المطبوع عتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 وم96 وسيد7 ويحيى17.

نص خليل ....

متن الحطاب
مضى. نص عليه الشيخ أبو الفضل الدمشقي تلميذ القاضي عبد الوهاب في كتاب الفروق له وهو ظاهر، وقد نص في المدونة على أنه إذا تصدق أو وهب أو أعتق ولم يرد ذلك السيد حتى أعتقه فإن ذلك يلزمهم، سواء علم السيد بذلك قبل عتقهم أو لم يعلم، وسينبه المصنف على هذا في باب الحجر، وإذا كان هذا [حكم[100]] المعروف فالبيع أولى، والفرق بين المحجور والعبد أن العبد إنما حجر عليه لحق السيد وقد زال بالعتق بخلاف المحجور. والله أعلم.

السادس: يستثنى مما تقدم شراء السفيه للأمور التافهة التي لا بد له منها. قال في كتاب المديان من المدونة: ولا يلزم المولى عليه شراؤه إلا فيما لا بد له منه من عيشه مثل الدرهم يبتاع به لحما ومثل خبز وبقل ونحوه يشتري ذلك لنفسه مما يدفع إليه من نفقته. انتهى. وسيصرح المصنف بذلك في باب الحجر، وفيه بقية الفروع المتعلقة ببيع المحجور.

السابع: يستثنى من قولنا يشترط في لزوم البيع كون عاقده [رشيدا ما[101]] إذا كان السفيه وكيلا عن رشيد فإنه لازم على أحد القولين كما سيأتي بيانه في باب الوكالة.

الثامن: المراد بالإذن في قولنا إذا باع المحجور أو اشترى بغير إذن وليه أن يأذن له في خصوصية العقد المفروض، وليس المراد أن يأذن له في البيع والشراء على العموم كما يأذن السيد لعبده في التجارة فإن ذلك لا يقصد. قال في أواخر كتاب المديان من المدونة: وإذا عقل الصبي التجارة فأذن له أبوه أو وصيه أن يتجر لم يجز ذلك الإذن؛ لأنه مولى عليه، ولو دفع الوصي إلى المولى عليه بعد الحكم بعض المال يختبره به فلحقه فيه دين فلا يلزمه الدين فيما دفع إليه ولا فيما أبقى لأنه لم يخرج من الولاية بذلك وهو خلاف العبد يأذن له سيده في التجارة؛ لأن العبد لم يمنعه لسفه منه وإنما منع من البيع والنكاح وغيره؛ لأن ملكه بيد غيره، فإذا أذن له جاز والسفيه والصبي ليس ملكه بيد أحد فليس الإذن له مزيلا للسفه، وقال غيره في اليتيم المختبر بالمال يلحقه ما أذن فيه خاصة. انتهى.

التاسع: يستثنى من تصرف المولى عليه ما إذا تصدق عليه شخص بصدقة أو وهب له هبة وشرط أن تكون يده مطلقة على ذلك فإن تصرفه فيها ماض. قال ابن الفرس في أحكام القرآن في قوله: ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ / ويختلف في الرجل يتصدق على المحجور بمال ويشترط في صدقته أن [تترك بيده[102]] ولا يضرب على يديه فيها كما يفعل بسائر ماله هل له ذلك؟ فالمشهور أن ذلك له، واعترض بعضهم هذا القول [ومرّضه،[103]] واحتج بقوله تعالى: ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ انتهى. وقال المشذالي في حاشية المدونة في كتاب الهبة: لو وهب هبة ليتيم أو سفيه وشرط أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط. انتهى.

248

العاشر: إذا باع السفيه أو اشترى فأراد وليه فسخ تصرفه فأراد المشتري منه أو البائع أن يحلف

الحديث ....

[100] – في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 وم96 ويحيى17 وسيد7.

[101] – في المطبوع رشيد اما وم96 وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 ويحيى17 وسيد7.

[102] *– في المطبوع يترك في يده وما بين المعقوفين من يحيى17.

[103] *– في المطبوع وفرضه وما بين المعقوفين من م96 ويحيى17 وسيد8.

نص خليل لاَ إنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ جَبْرًا حَرَامًا.

متن الحطاب الولي أنه لم يأذن له في ذلك فليس له ذلك، وكذلك السيد في عبده. ذكره الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار، ونقله عنه ابن فرحون في فصل الدعاوى التي لا توجب يمينا من كتاب التبصرة. والله أعلم.
ص: **لا إن أجبر عليه جبرا حراما** ش: يعني إذا كان شرط لزوم البيع التكليف [فمن[104]] أجبر عليه أي على البيع جبرا حراما إما بأن يكره على البيع نفسه أو يكره على دفع مال ظلما فيبيع متاعه لذلك وكالذمي يضغط فيما يتعدى عليه به من جزية أو غيرها فلا يلزمه لانتفاء شرط لزومه الذي هو التكليف؛ لأن المكره غير مكلف كما تقدم، ودليله قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم: {لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب [نفس[105]]}[1]
ولما كان الجبر على قسمين: حرام غير لازم، وشرعي لازم احترز عن الثاني بقوله: "جبرا حراما" والجبر الشرعي.
قال في التوضيح: وغيره كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء وكجبر العمال على بيع أموالهم فإنه جائز [ويلزمهم،[106]] سواء كان السلطان يرد المال على من [أخذوه[107]] منه أو يأخذه لنفسه كالمضغوط في دين لزمه؛ لأن إغرام الوالي العمال ما [أخذوه[108]] من الناس [حق[109]] فعله الوالي وعليه أن يرده إلى أهله فإذا حبسه فهو ظالم في حبسه. نقله ابن حبيب عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ. انتهى. ويعبر أهل المذهب عن هذه المسألة بمسألة بيع المضغوط وهو المكره، وقال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والشدة والإكراه. انتهى.
وقال البرزلي: سئل ابن أبي زيد عن المضغوط ما هو فقال هو من أضغط في بيع ربعه أو شيء بعينه أو في مال يؤخذ منه فباع لذلك. انتهى. وظاهر كلام ابن راشد أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بما إذا أكره على دفع المال فباع لذلك، ونصه: ولا يلزم بيع المجبور على البيع جبرا حراما ويخير فيه المكره بعد [أمنه[110]] فإن أجازه جاز وإلا بطل، ولو لم [يكره[111]] على البيع بل على دفع المال ظلما فباع ليؤديه وهي مسألة المضغوط فنص ابن القاسم عن مالك على أنه يأخذ متاعه بلا ثمن، وأفتى اللخمي أن بيعه ماض وهو قول السيوري، ورأى أن من اشترى منه ليخلص من العذاب مأجور، واعلم أن من أكره على البيع لا يلزمه البيع بإجماع. قال ابن عرفة: وبيع المكره عليه ظلما لا يلزمه. الشيخ عن ابن سحنون والأبهري: إجماعا. ابن سحنون عنه: وللبائع أن يلزمه المشتري طوعا وله أخذ مبيعه ولو تعددت أشريته كمستحق [لذلك[112]] ولا يفيته عتق ولا إيلاد

الحديث 1- لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه، التمهيد، ج5 ص173، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

---

104 – في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 وم96 وسيد8 ويحيى17.
105 *– في المطبوع نفسه وما بين المعقوفين من يحيى17.
106 – في المطبوع ويلزمه وم97 ويحيى17 وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص248.
107 – في المطبوع أخذه وم97 وسيد8 ويحيى17 وما بين المعقوفين من ن عدود ص248.
108 – في المطبوع أخذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 وم97 ويحيى17 وسيد8.
109 – في المطبوع حتى وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 وم97 ويحيى17 وسيد8.
110 – في المطبوع إذنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 وم97 ويحيى17
111 – في المطبوع يكن وم97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى17.
112 – في المطبوع كذلك وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى17 (وفي م97 ذلك).

نص خليل وَرُدَّ عَلَيْهِ بِلاَ ثَمَن.

متن الحطاب ويحد المشتري بوطئها. انتهى. وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ففيه خلاف مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك أنه لا يلزمه، [وقاله[113]] ابن حبيب، وحكاه عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ، وقال به سحنون، وأفتى به ابن رشد وغيره، لكن سحنون وابن رشد خالفا في أخذه صاحبه بلا ثمن كما سيأتي، وقال ابن كنانة: بيعه لازم؛ لأنه غير مفسوخ. نقله عنه ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان، ونقله أيضا البرزلي وقال به السيوري واللخمي. قال البرزلي: ومال إليه شيخنا الإمام -يعني ابن عرفة- وهو قول الثوري.

قال في التوضيح عن ابن رشد بعد أن حكاه عن اللخمي والسيوري: والمذهب خلاف ذلك، ونص كلام السيوري واللخمي على ما نقل البرزلي:/ وسئل السيوري عمن عدا عليهم [سلطان[114]] فأخذ رباعهم ثم فكوها بمال معلوم ورجعت عليهم فباع أحدهم دارا منها ودفع ثمنها للسلطان، ثم قام يريد نقض البيع وطلب الغلة، فأجاب بيعه لازم ولا غلة له. وسئل أيضا عمن يتعدى عليه الأعراب فيسجنونه فيبيع هو أو وكيله أو من يحتسب له ربعا لفدائه هل يجوز شراؤه أم لا؟ وكذا ما أخذه المضطر من الدين هل يلزم أم لا؟ فأجاب: بيع المضطر لفدائه جائز ماض باع هو أو وكيله [بأمره،[115]] وكذا أخذه معاملة أو سلفا، ومن فعل ذلك معه أجر على قدر نيته في الدنيا والآخرة، ثم قال: وسئل اللخمي عن يتيم أخذه السلطان وسجنه واضطره إلى بيع ربعه فباعه خشية أن يأتيه من السلطان نفي أو غيره وتوقف الناظر في البيع حين لم يأذن القاضي فيه. فأجاب إذا كان الأمر على ما وصف مضى بيعه. انتهى. وذكر في التوضيح عن ابن رشد بلفظ: وسئل عن شاب مراهق أو بالغ جنى جناية فسجن وهو يتيم [كفله[116]] بعض أقاربه إلى آخره.

تنبيه: ظاهر كلام المؤلف أن هذا الحكم خاص بمسألة الإكراه على البيع؛ لأن الضمير في عليه عائد إلى البيع؛ وقد علمت أن المذهب [أنه[117]] لا فرق بين الإكراه على البيع أو على دفع مال فيبيع لذلك.

ص: ورد عليه بلا ثمن ش: يعني أنه إذا قلنا إن المكره لا يلزمه بيعه فإنه مخير بين أن يلزم المشتري البيع وبين أن يأخذ مبيعه كما تقدم ولا يلزمه دفع الثمن بل يأخذ حقه بلا ثمن، وهذا الذي ذكره المصنف إنما هو إذا أكره على دفع مال ظلما فباع متاعه لذلك فيرد إليه متاعه بلا ثمن حتى يتحقق أن المضغوط صرف الثمن في مصالحه، وأما إذا أكره على البيع فقط فله إجازة البيع ورده فإن رد البيع رد الثمن الذي أخذه إلا أن تقوم بينة على تلفه. قاله في كتاب الإكراه من النوادر وتقدم في كلام ابن رشد نحوه، وقال في البيان: وسواء علم المشتري أنه مضغوط أو لم يعلم. قال ذلك ابن القاسم

الحديث

---

113 - في المطبوع وقال وم97 وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى17.

114 *- في م97 ويحيى18 وسيد8 سلطانهم.

115 - في المطبوع يأمره وما بين المعقوفين من ن عدود ص249 وم97 ويحيى18 وسيد8.

116 - في المطبوع كلفه وم97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص249 وسيد8 ويحيى18.

117 - ساقطة من المطبوع وم97 وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص249 ويحيى18.

نص خليل ....

متن الحطاب في المبسوط عن مالك، وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منافعه، أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المبتاع للمضغوط في ذلك كله أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط والمشتري من المضغوط على الظالم إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منافعه ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري. قال ذلك كله ابن حبيب في الواضحة، وحكاه عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ، وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن وحكاه عن مالك، وقال ابن كنانة: بيعه لازم له غير مفسوخ عنه وهو أجير يؤجر به عليه ولزومه إياه؛ لأنه أنقذه مما كان فيه من العذاب. انتهى من رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان.

ونقله في التوضيح، ونصه: ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدري هل أوصل الثمن إلى الظالم أم لا؟ نظر، فإن كان ظلمه له وعداؤه عليه معلوما حتى باع متاعه فيحمل على أنه وصل للظالم حتى يتحقق أن/ المضغوط صرفه في مصالحه فلا يصل حينئذ إلى متاعه إلا بدفع الثمن، وسواء علم المبتاع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم، قيل لمطرف إنهم يخرجون عندنا من غير كبل يقفون لبيع متاعهم، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن قد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل والمشتري لا يعلم أو يعلم، ومنهم من هو في كبل وعذاب، ومنهم هارب قد أخذ متاعه يباع قد أمر بعض أهله ببيعه. 250

قال: كل هذا سواء وهو إكراه لا يبالى بعلم المبتاع أو جهله، إلا أن من علم مأثوم، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ قالوا: وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه، أو لم يكن. انتهى.

ونقله ابن عرفة، ولفظه: وسواء أخرج المضغوط للبيع مكبولا أو موكلا به حراس أو أخذ عليه حميل أو كان مسرحا دون حميل، إلا أنه إن هرب خالفه الظالم إلى منزله بالأخذ والمعرة في أهله، كان له مال عين غير ما باعه أو لم يكن ولي البيع أو وكل عليه. انتهى. وقال قبله ويتبع المشتري بثمنه الظالم، دفعه له هو أو البائع. انتهى.

فروع: الأول: قال في التوضيح: ومن كان عالما بحال المضغوط فاشترى شيئا من متاعه فهو ضامن كالغاصب، وأما من لم يعلم فيشتري في السوق فلا يضمن الدور والحيوان ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس والغلة له، وأما الظالم فلا غلة له وهو ضامن لها. انتهى.

الثاني: قال في التوضيح: وكل ما أحدث المبتاع في المبيع من عتق أو تدبير فلا يلزم المضغوط وله أخذ رقيقه من المبتاع سواء علم بحاله أو لم يعلم، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ. انتهى. وكذلك لو أوقف المبتاع شيئا من ذلك لم يلزم المضغوط، وقاله في الشامل. والله أعلم.

الثالث: قال فيه أيضا عن مطرف: ولو قبض الثمن وكيل الظالم من المشتري فللمبتاع أن يرجع على الوكيل إن شاء أو على الظالم إذا ثبت له أنه أدى المال إليه، وأنه أوصى الوكيل فقبضه وكلاهما مأخوذ به ولا يبرئ الوكيل خوفه منه أو إكراهه إياه. انتهى.

الرابع: قال في التوضيح: ولو وجد المضغوط متاعه قد فات فله أخذ الأكثر من قيمته أو ما بيع به إن

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب شاء على الوكيل وإن شاء على الموكل، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ مثل ذلك، مطرف: ولا قول للوكيل إن قال كنت مكرها على القبض وخفت منه على نفسي إن لم أفعل، لقوله عليه الصلاة والسلام: {لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[1]}. انتهى. ونقله ابن عرفة جميعه، وزاد بعد هذا الفرع، وكذا كل ما أمر بفعله ظلما من قتل أو قطع أو جلد أو أخذ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل به مثل ذلك فلا يفعله، فإن فعله لزمه القصاص والغرم.

قلت: هذا ونحوه من نصوص المذهب يبين لك حال بعض القضاة في تقديمهم من يعرفون جرحته شرعا للشهادة بين الناس في الدماء والفروج ويعتذرون بالخوف من موليهم القضاء، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا [عزله[118]] عن القضاء، ولله در الشيخ أبي زكريا يحيى الصوفي صالح بجاية روي عنه بسند صحيح أنه كان يقول: اللهم العن الشيعة ومغيري الشريعة. انتهى.

الخامس: قال في التوضيح: ولو أعطى المضغوط حميلا فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيء. انتهى. وقال ابن عرفة: ولو ضغط الحميل في ملك لبيع شيء فبيعه بيع مضغوط. انتهى. وقال في التوضيح بخلاف ما لو أخذ المضغوط ما أضغط فيه من رجل سلفا فقال أصبغ: يرجع عليه بما أسلفه؛ لأن السلف معروف. قال فضل: فعلى أصله فيرجع الحميل؛ لأن الحمالة معروف. انتهى. وقال في النوادر: ونقل ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الوديعة [عن[119]] ابن دحون يلزمه رد ما تسلف، ولم يحك خلافه.

السادس: قال ابن عرفة: وبيع قريب المضغوط لفكاكه من عذاب كزوجته وولده وقريبه لازم. انتهى. يريد بيعه متاع نفسه كما صرح به في التوضيح وغيره وقال: لأن هؤلاء لم يضغطوا ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا. انتهى. وهذا في غير الأب، وأما الأب إذا عذب ولده بين يديه فقال البرزلي إنه من الإكراه ونصه: وسئل ابن البراء عمن/ أخذه العمال بغير حق فباعت أمه وأخواته دارا لهم قامت عليهم بسبعمائة وقيمتها حينئذ أربعمائة بمائة وخمسين دينارا جبرا بسبب فداء ولدها، وكانت لأبيه قاعة فباعها بأربعة عشر دينارا ثم مات الوالدان وقام الورثة بنقض البيع بسبب الغبن أو غيره؟ فأجاب إذا ثبت الجور والعدوان بطل ما يجري في ذلك، والحاكم ينظر فيه، فما ثبت عنده بنى عليه حكمه الشرعي. 251

قلت: تقدم في الرواية أن ما باعته زوجته أو ابنه أو قريبه من متاع أنفسهم في افتكاكه يلزمهم بيعه بخلاف متاع المضغوط لأنهم لم يطلبوا إنما باعوا حسبة فعلى هذا كل ما باعته هذه المرأة والأخوات من مالهن فلا مقال لهن فيه، واستشكل الشيخ أبو القاسم السيوري هذه الرواية، وقال: لم يظهر لي صوابها، فإن الولد إذا عذب بين يدي والديه فأي إكراه أبين من هذا وأين الحسبة والله تعالى يقول: ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾.

الحديث 1- مصنف ابن أبي شيبة، ج7 ص737، وأصله في الصحيحين.

---

[118] – في المطبوع عزلته وم98 ويحيى18 وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص250.

[119] *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من م98 وسيد8 ويحيى19.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت**: هذا أحد الأقوال أن الإكراه بسبب الولد كالإكراه بالنفس لكن يبقى غير الولد من الزوجة والإخوة ونحو ذلك مما نص عليه في الرواية. انتهى. واعلم أن الرواية لم ينص فيها على الوالد، ولعله خارج من هذا الحكم، وأما السؤال ففيه أنهم باعوا جبرا فتأمله. والله أعلم.

السابع: قال البرزلي: سئل ابن عبد الرحمن عمن اضطره السلطان إلى بيع سلعته وقام بعد سبعة عشر عاما وأنكر المشتري الإكراه؟ فأجاب إذا ثبت الإكراه في شيء لا يلزمه [فبيعه[120]] غير لازم، وإن لم يثبت فالبيع لازم له، وإن ادعى على المشتري المعرفة بذلك حلفه. البرزلي: ويؤخذ منه أن الضرر لا يجاز ولو طالت السنون إذا كان أصله ظلما، ونص عليه ابن سهل فيمن تسلم بالظلم أن حيازته لغو ويسأل من أين توصل إلى الملك. انتهى.

قلت: وقال فيه أيضا: قال ابن رشد في بيع مضغوط: إن من أضغط في الغرم بغير حق وأكره عليه، ثم أطلق تحت الضمان حتى يأتي بالمال أنه لم يزل في الضغطة، وأن بيعه في ذلك الوقت بيع مضغوط وفيه خلاف، والذي أتقلده قول سحنون وروايته عن مالك يرد البيع ويغرم الثمن المقبوض إلا أن يعلم المبتاع بضغطته فيرد البيع، ويتبع الضاغط بالثمن ولا تباعة له على المضغوط إلا أن يكون الوكيل هو العالم بالضغطة دون موكله فيرجع الموكل على وكيله؛ لأنه تعدى فإن لم يثبت علم أحدهما بذلك وأراد البائع تحليف من ادعى عليه علم ذلك فذلك له. انتهى. ففي هذه الفتوى ما يشهد للتي قبلها، وما نقله ابن رشد في نوازله عن سحنون هو خلاف ما نقله عنه في البيان كما تقدم، واقتصر ابن عرفة على ما نقله في نوازله. والله أعلم.

الثامن: في شهادة العدول على بيع المكره قال البرزلي: فيها نظر إلا أن يكونوا [يخافون[121]] عليه فلهذا وجه، لكن حقهم أن يذكروا صفة حاله وإن لم يخافوا عليه فالصواب أن لا يشهدوا في مثل هذا؛ لأنها صفقة لا تجوز، وإن خافوا على أنفسهم العزل فلا يشهدوا لأنها ظلم، ولو خافوا على أنفسهم وأموالهم ففيها نظر؛ للخلاف في أصل المسألة. انتهى. يعني في بيع المضغوط. والله أعلم.

التاسع: قال في سماع عيسى من كتاب الوديعة: من أودع متاعا فعدا عليه عاد فأغرمه على ذلك المتاع غرما لم يكن على صاحب المتاع شيء مما غرم. ابن رشد: قد قيل إن له أن يرجع على صاحب المتاع بما غرم من متاعه، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يعلم صاحب المتاع به، وأما ما علم به مثل المتاع يوجه به الرجل من بلد إلى بلد مع رجل وقد علم أن بالطريق مكاسا يغرم الناس على ما يمرون به من المتاع فلا ينبغي أن يختلف في أنه يجب على رب المتاع ما غرم على متاعه، وقد رأيت ذلك لابن دحون، وقال إنه بمنزلة الرجل يتعدى عليه السلطان فيغرمه فتسلف ما يغرم فذلك دين لازم وهو حلال لمن أسلفه، ووجه ما ذهب إليه أنه إذا علم بذلك، فكأنه قد سأله أن يسلفه ما يلزمه من الغرم. انتهى.

الحديث ....

---

[120] - في المطبوع مبيعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص251 وم98 ويحيى19 وسيد8.

[121] - في المطبوع إلا أن يكونوا يخافوا وم98 وسيد8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص251 ويحيى19.

نص خليل وَمَضَى فِي جَبْرِ عَامِلٍ.

متن الحطاب 252

العاشر: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: ومن هذا المعنى ما قال سحنون في الرفاق في أرض المغرب تعرض لهم اللصوص/ فيريدون أكلهم فيقوم بعض أهل الرفقة فيضمنهم على مال عليه وعلى جميع من معه وعلى من غاب من [أصحاب[122]] الأمتعة فيريد من غاب أن يدفع ذلك عن نفسه قال إذا كان ذلك مما عرف من سنة تلك البلاد أن إعطاء المال يخلصهم وينجيهم فإن ذلك لازم لمن حضر ولمن غاب ممن له أمتعة في تلك الرفقة، وعلى أصحاب الظهر من ذلك ما ينوبهم في تلك الرفاق وإن كان يخاف أن لا ينجيهم ذلك، وإن أعطوا وكان فيهم موضع لدفع ذلك فما [أحب[123]] لهم أن يدفعوا [عن[124]] أنفسهم وأموالهم، فإن لم يفعلوا وأعطوا على ذلك شيئا لم يرجع بذلك على من غاب من [أصحاب[125]] الأمتعة. وبالله التوفيق.

ص: ومضى في جبر عامل ش: أي ومضى البيع المجبر عليه إذا كان ذلك في جبر السلطان عاملا من عماله فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله، وذلك أن السلطان إذا أراد تولية أحد أحصى ما بيده فما وجده بعد ذلك زائدا على ما بيده وعلى ما كان يرزق من بيت مال المسلمين وإنما أخذه بجاه القضاء والولاية أخذه منه، فإن كان له تجارة وزراعة وأشكل مقدار ما اكتسبه بذلك وما اكتسبه بجاه الولاية فالمشاطرة حسنة.

وقد فعلها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع عماله لما أشكل عليه ما اكتسبوه بالقضاء والعمالة، ويأتي ذلك في القضاء إن شاء الله عند الكلام على قبول القاضي الهدية والكلام على مشاطرة سيدنا عمر لسيدنا أبي هريرة وسيدنا أبي موسى رضي الله عنهم، مع أن علو منصبهم ومرتبتهم في الورع والدين معلومة، أما إذا كان العامل مشهورا بالظلم للناس وأخذ أموالهم فعلى السلطان أن يأخذ جميع ما ظلم الناس به ويرده عليهم، وما ذكره المصنف هنا مفهوم من قوله أولا: "جبرا حراما" لكن لما كان مفهوم شرط وفي فهمه منه خفاء لا يهتدي إليه كل أحد صرح به، ولو أدخل الكاف عليه فقال في كجبر عامل لكان أحسن ليدخل في كلامه صور الجبر الشرعي كجبر القاضي المديان على بيع متاعه للغرماء وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها على ما اختاره ابن رشد، وكان المصنف رحمه الله اكتفى في ذلك كله بمفهوم قوله: "جبرا حراما"، وإنما نبه على جبر العامل بخصوصه لئلا يتوهم فيه أنه من الجبر الحرام لكونه من جهة السلطان ولقربه منه خصوصا إذا كان السلطان لا يرد المال على أربابه ولهذا قال: "مضى" ولم يقل جاز جبر عامل؛ لأن جبر السلطان العامل إن كان ليرد المال على أربابه فهو جائز وإن كان ليأخذه لنفسه فإنه حرام عليه ولكنه ماض. والله أعلم.

قال في البيان في رسم سن [من[126]] سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: الذي مضى

الحديث ....

[122] *- في المطبوع صاحب وما بين المعقوفين من م98 ويحيى19 وسيد8.

[123] - في المطبوع أوجب وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 وم98 وسيد8 ويحيى19.

[124] - في المطبوع على وسيد8 وم98 وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 ويحيى19.

[125] *- في المطبوع صاحب وما بين المعقوفين من م98 ويحيى19 وسيد8.

[126] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 وم99 وسيد9

نص خليل ....

متن الحطاب عليه عمل القضاة أن من تصرف للسلطان في أخذ المال وإعطائه فبيعه جائز إذا أضغط فيه ولا رجوع له فيه، وإن كان ممن لا يتصرف في أخذ المال وإعطائه فلا يشتري منه إذا أضغط فإن اشترى منه فله القيام وهو صحيح؛ لأنه إذا أضغط فيما خرج عليه من المال الذي تصرف فيه أو تبين أنه حصل عنده منه فلم يضغط إلا بما صار عنده من أموال المسلمين وذلك حق. وبالله التوفيق. اهـ. ونقله ابن عرفة وزاد الشيخ عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ والعامل يعزله الوالي على سخط أو يتقبل الكورة بمال ويأخذ أهلها بما شاء من الظلم فيعجز أو يتقبل المعدن فيعجز عما عليه فيغرمه الوالي مالا بعذاب حتى يلجئه لبيع ماله فبيعه ماض عليه، سواء أخذ الوالي ماله لنفسه أو رده على أربابه كمكره أو مضغوط في بيع لحق عليه أو دين لازم. اهـ. ونقله في التوضيح أيضا وتقدم كلامه عند قول المصنف: "لا إن أجبر عليه جبرا حراما".

تنبيهان: الأول: تقدم أن من الجبر الشرعي جبر أهل الذمة على البيع في الجزية والخراج وشبهه.

253 قال في الرسم المتقدم: قال ابن القاسم قال مالك في/ الذي يضغط في الخراج فيبيع بعض متاعه على وجه الضغط أرى أن يرد عليه بغير ثمن إذا كان بيعه إياه على عذاب أو ما أشبهه من الشدة، ولا أرى لمشتري ذلك أن يستحله ولا يحبسه. قال ابن رشد: إنما يرد عليهم ما اشترى منهم على وجه الضغط إذا كان الذي يطلبون ويضغطون فيه ظلما وتعديا أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يوسروا فيبيع عليهم ما لا يلزمهم بيعه كثوب يستر به وشبهه فهذا يلزم مشتريه رده، فأما إن بيع عليه شيء في حق واجب من جزيته أو من غير جزيته تحت الضغط والإكراه فلا يرد عليه وهو سائغ لمن اشتراه، وقد كان ينبغي أن يرفق بهم في تقاضي ذلك منهم وأن لا يعذبوا على ذلك وسبيل المضغوط من المسلمين على بيع متاعه في غير حق سبيل الذمي في حق رد ماله عليه من غير ثمن، بل هو في المسلم أشد؛ لأن حرمته أعظم. قال ذلك ابن حبيب، وحكاه عن مالك من رواية ابن القاسم عنه ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ. اهـ. وقال ابن عرفة إثر الكلام المتقدم: وكذا بيع أهل الذمة أو المعتوه فيما عليهم من جزية وأهل الصلح فيما صولحوا عليه اهـ. يعني أنه لازم. والله أعلم.

الثاني: تقدم أيضا أن من الجبر الشرعي جبر من له ربع يلاصق المسجد وافتقر لتوسيع المسجد به على بيعه لتوسيع المسجد وكذلك من له أرض تلاصق الطريق بذلك أفتى ابن رشد، واحتج على فتياه بقول سحنون [بجبر[127]] ذي أرض تلاصق طريقا هدمها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق [منها[128]] لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال، وبفعل عثمان رضي الله عنه في توسيعه مسجده صلى الله عليه وسلم، وبقول مالك وغيره إذا غلا الطعام واحتيج إليه أمر الإمام أهله بإخراجه إلى السوق. اهـ من ابن عرفة.

الحديث ....

---

127 - في المطبوع يجبر وسيد9 وما بين المعقوفين من ن عدود ص253 ويحيى20 وم99.

128 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص253 وم99 وسيد9

نص خليل وَمُنِعَ بَيْعُ مُسْلِمٍ [وَمُصْحَفٍ[129] س] وَصَغِيرٍ لِكَافِرٍ.

متن الحطاب ص: **ومنع بيع مسلم ومصحف وصغير لكافر** ش: لما ذكر شرط انعقاد البيع وشرط لزومه ذكر شرط جوازه ابتداء وهو صحة تقرر ملك المشتري على المبيع ولو وجب عليه عتقه بعد ذلك فيجوز شراء من يعتق عليه لأن ملكه يتقرر عليه وذلك هو الموجب لعتقه عليه؛ أعني تقرر ملكه عليه، وأما المسلم والمصحف فلا يصح تقرر ملك الكافر عليهما فلا يجوز بيعهما منه بلا خلاف، فإن وقع ذلك فاختلف فيه فمذهب المدونة أن البيع يمضي ويجبر الكافر على إخراج ذلك عن ملكه. قال في المدونة في كتاب التجارة لأرض الحرب: فإن ابتاع الذمي أو المعاهد مسلما أو مصحفا أجبر على بيعه من مسلم ولم ينقض شراؤه. اهـ. ثم قال: ولو كان الكافر المشتري له عبد المسلم فإنه يجبر على بيعه لأنه له حتى ينزعه سيده. اهـ. وصرح المازري بأنه المشهور، وقال سحنون وأكثر أصحاب مالك ينقض البيع، وبه صدر ابن الحاجب.

قال في التوضيح بعد ذكر القولين: وقيد ابن رشد الخلاف بأن يكون البائع عالما بأن المشتري نصراني. قال: ولو باعه من نصراني وهو يظن أنه مسلم بيع عليه ولم يفسخ اتفاقا. اهـ. قال في الواضحة: ويعاقب المتبايعان على القول بالفسخ، ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح. قال ابن عبد السلام: قلت: وينبغي أن يعاقبا أيضا على مذهب المدونة إلا أن يعذرا بالجهل. انتهى. وقال في التوضيح أيضا: إلا أنه لم يعزه لابن عبد السلام، بل ظاهر كلامه أنه من عنده، وأسقط منه قوله إلا أن يعذرا بالجهل. قال ابن عرفة عن ابن حارث: وفي مبايعة الكافر بالعين فيها اسم الله قول ابن القاسم فيها كراهة مالك وأعظم ذلك وقول ابن عبد الحكم لا بأس بذلك، [وقول[130]] ابن القاسم في التجارة لأرض الحرب. اهـ. وكذا يحرم بيع الحربيين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سروج أو غيرها [مما[131]] يتقوون به في الحرب من نحاس وخرثي وغيره. اهـ.

قال أبو الحسن: قوله [وخرثيِ[132]] وغيره هو بثاء مثلثة المتاع المختلط. الشيخ: يعني نفسه أثاث الخباء وآلة السفر وماعونه. قال أبو إسحاق: فإن بيع منهم ذلك بيع عليهم على قياس قول ابن القاسم في المسلم والمصحف./ اهـ. وأما بيع الطعام فقال ابن يونس عن ابن حبيب: يجوز في الهدنة، وأما في غير الهدنة فلا. قاله ابن الماجشون، وكذا يحرم بيع الدار وكراؤها لمن يتخذها كنيسة أو بيت نار، وكذا لمن يجعل فيها الخمر، وقاله في المدونة، وكذا بيع الخشبة لمن يعملها صليبا، وذكر القرطبي والأبي في أوائل شرح مسلم في منع بيع العنب لمن يعصرها خمرا قولين. قال الأبي: والمذهب في هذا سد الذرائع كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم. قاله في أول سماع ابن القاسم من كتاب المحاربين والمرتدين، وفي رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وفي مسائل المديان والتفليس من البرزلي عن بعض الفقهاء أنه سئل عن بيع المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويطعمونها منه

254

الحديث ....

---

[129] س – ضم ميم المصحف أشهر من كسرها وفتحها انظر المصباح واللسان.

[130] – في المطبوع أو قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص253 وم99 ويحيى20 وسيد9.

[131] – في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص253 وم99 ويحيى20 وسيد9.

[132] – في المطبوع وخرث وما بين المعقوفين من ن عدود ص253 وم99 وسيد9 ويحيى20.

نص خليل وَأُجْبِرَ عَلَى [إِخْرَاجِهِ بِعِتْقٍ[133] نس] أَوْ هِبَةٍ.

متن الحطاب فأجاب لا يجوز ذلك على مذهب مالك. اهـ. وكذلك يشترط في جواز البيع أن [لا[134]] يعلم أن المشتري قصد بالشراء أمرا لا يجوز. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: ألحقوا الصغير الكافر بالمسلم في عدم جواز بيعه لكافر وجبره على بيعه إن اشتراه، وسيأتي الكلام عليه.

الثاني: قال ابن عرفة: والإسلام الحكمي كالوجودي. ففي المدونة إن أسلم العبد وله ولد من زوجته النصرانية المملوكة لسيده بيع الثلاثة لمنع بيع الصغير دون أمه؛ يعني ولا بد من بيع الصغير لأنه قد حكم بإسلامه لإسلام أبيه.

ص: **وأجبر على إخراجه بعتق أو هبة** ش: يعني إذا قلنا إن شراء الكافر للمسلم ممنوع ابتداء ولكنه يصح إذا وقع فإنا نجبره على إزالة ملكه عنه بأي وجه كان ولو بالعتق، ولذا لو قال المؤلف ولو [بعتق[135]] لكان أحسن وقال ابن غازي: [إغياء[136]] الإخراج بالعتق والهبة؛ لأن الإخراج بالبيع وهبة الثواب والصدقة أحرى منهما، وهذا يقتضي أنه في نسخته بصيغة المبالغة ولم أقف عليه إلا بإسقاطها، وشمل قوله: "بعتق" جميع أنواعه من تنجيز وتدبير وتأجيل وإيلاد وتبعيض، فأما التنجيز فواضح، وأما التدبير فإنه ينفذ ويؤاجر على سيده الكافر سواء اشتراه مسلما ثم دبره أو أسلم عنده ثم دبره أو دبره ثم أسلم على المشهور، كما سيذكره المصنف في باب التدبير. والمعتق إلى أجل حكمه حكم المدبر بل هو أولى، وفي كلام ابن يونس في التدبير إشارة إليه، وأما الإيلاد فالذي رجع إليه مالك في أم ولد الذمي تسلم هي أو ولدها بعد إسلامها أنه ينجز عتقها إلا أن يسلم قبل عتقها فتبقى له أم ولد. قاله في كتاب المكاتب من المدونة، والفرق بين المدبر وأم الولد أنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع وقد حرمت عليه، وأما المدبر فله خدمته ولذلك أوجر عليه، وأما التبعيض فحكمه حكم من أعتق بعض عبده على التفصيل الآتي في العتق. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: كلام المصنف في شراء الكافر المسلم وكذلك الحكم لو وهب له أو تصدق به عليه فكما لا يجوز بيع المسلم من الكافر فكذلك لا تجوز هبته له ولا صدقته عليه، وإن وقع مضى وأجبر على إخراجه، وسواء كان المتصدق والواهب مسلما أو كافرا. قال في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة: وإن وهب مسلم عبدا مسلما لنصراني أو تصدق به عليه جاز ذلك وبيع عليه والثمن له. قال ابن يونس: قوله وإن وهب مسلم يريد أو نصراني، وقوله جاز. قال أبو الحسن: يريد مضى ولم يرد أنه يجوز أن يملكه ابتداء، ومثل ذلك إذا أسلم عبد الكافر فإنه يجبر على بيعه ولو/ كان العبد صغيرا. قال في المدونة: إن عقل الإسلام. اهـ.

255

الحديث ....

---

133 نس – إخراجه وإن بعتق نسخة.

134 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص254 وم99 وسيد9 ويحيى20.

135 *– في المطبوع يعتق وما بين المعقوفين من م99 ويحيى21 وسيد9.

136 – في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص254 وم99 ويحيى21 وسيد9.

نص خليل وَلَوْ لِوَلَدِهَا الصَّغِيرِ عَلَى الأَرْجَحِ.

متن الحطاب **الثاني:** ظاهر كلام المصنف أن الكافر يتولى بيع العبد، وهو ظاهر لفظ المدونة. قال أبو الحسن: وليس كذلك؛ لأن فيه إهانة المسلم بل يبيعه الإمام ببينة ما يأتي في قوله: "بيع عليه"، ثم قال في شرح قوله في المدونة: "ولو وهب الكافر العبد المسلم الذي اشتراه لمسلم للثواب فلم يثبه فله أخذه ويباع عليه" أقام بعض الشيوخ من هذه المسألة أن النصراني إذا اشترى مسلما ثم باعه من مسلم قبل أن يعرض له أن بيعه جائز، ولا ينتقض، لأنه فعل ما كان يفعله الإمام، وقال ابن شعبان ينقض بيعه لأن [توليه للبيع[137]] فيه إهانة للمسلم فيفسخ حتى [يتولاه[138]] الإمام. اهـ.

الثالث: قال ابن عرفة: قال المازري لو أسلم عبد الكافر المؤجر من نصراني فسخ باقي مدة الإجارة وهذه الرواية على فسخ شراء الكافر المسلم وعلى بيعه عليه يؤاجر من مسلم بقية المدة. ابن عرفة: يفرق ببقاء ملك الكافر في إجارته عليه ولذا يفتقر لبيعه بعدها. اهـ.

قلت: ولو كان مؤاجرا من مسلم فعلى ما قال المازري لا تفسخ الإجارة، وعلى ما قاله ابن عرفة تفسخ الإجارة وهو الظاهر، ونقل ابن عرفة قبل كلامه هذا عن المازري أنها لا تنفسخ وعن التونسي أنه جعله محل نظر، ولا يلزم مثل ذلك في التدبير والعتق المؤجل لما تعلق به هناك من الحرية.

الرابع: قال في المسائل الملقوطة: يجبر الرجل على بيع ما له في عشرة مواضع: الأول الكافر يجبر على بيع عبده المسلم. الثاني على بيع المصحف. الثالث مالك الماء يجبر على بيعه لمن به عطش فإن تعذر الثمن أجبر من غير ثمن. الرابع من انهارت بئره وخاف على زرعه الهلاك يجبر جاره على سقيه بالثمن، وقيل بغير ثمن. الخامس المحتكر يجبر على بيع طعامه. السادس جار الطريق إذا أفسدها السيل يؤخذ مكانها بالقيمة. السابع إذا ضاق المسجد يجبر جاره على بيع ما يوسع به. الثامن صاحب الفدان في رأس الجبل إذا احتاج الناس إلى أن يتحصنوا فيه. التاسع صاحب الفرس أو الجارية يطلبها السلطان، فإن لم يدفعها إليه جار على الناس وأضر بهم فإنه يجبر على دفعها لارتكاب أخف الضررين. العاشر إذا أسر رجل بيد العدو وامتنع الذي هو عنده من قبول الفداء إلا أن يدفع إليه عبد رجل معين فأبى صاحبه من بيعه إلا بأضعاف ثمنه فإنه يؤخذ منه بالأكثر من قيمته من فتاوى ابن رشد. اهـ. وذكر القرافي في كتاب الوقف سبعا فترك الأول والثاني والعاشر لشهرة ذلك. والله أعلم.

ص: [ولو لولدها[139]] الصغير على الأرجح ش: الخلاف المذكور وترجيح ابن يونس إنما هو في [عبد[140]] النصرانية يسلم، وذكره المصنف في اشتراء الكافر المسلم، فكأنه رأى أن لا فرق بينهما وهو كذلك. قال البساطي: وأنث الضمير في قوله: "لولدها" لأنه لا يتصور أولاد صغار مسلمون وأبوهم كافر على المذهب.

الحديث ....

[137] *- في المطبوع تولية البيع وما بين المعقوفين من م100 وسيد9 وفي يحيى21 توليه البيع.

[138] *- في المطبوع تولاه وما بين المعقوفين من م100 ويحيى21 وسيد9.

[139] – في المطبوع ولولدها وما بين المعقوفين من محمد يحي ص163. والمواق ص255 والشيخ31.

[140] – في المطبوع مسألة وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 وفي م100 وسيد9 ويحيى21 في مسألة عبد النصرانية.

نص خليل

لاَ بِكِتَابَةٍ وَرَهْنٍ وَأَتَى بِرَهْنٍ ثِقَةٍ إِنْ عَلِمَ مُرْتَهِنُهُ بِإِسْلاَمِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْ وَإِلاَّ عُجِّلَ كَعِتْقِهِ وَجَازَ رَدُّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ.

متن الحطاب

قلت: قد يمكن ذلك فيما إذا أسلم الولد وهو صغير وقد عقل الإسلام فإنه يحكم بإسلامه، وولدها الكبير مثل الصغير.

ص: لا بكتابة ش: لا يكفي في إخراج العبد المسلم عن ملك الكافر مكاتبته إياه بل تباع كتابته عليه على المشهور، وسواء أسلم عنده ثم كاتبه أو اشتراه مسلما ثم كاتبه أو كاتبه ثم أسلم كما سيقوله المصنف في باب المكاتب، وقيل تبطل الكتابة ويباع عبداً. قاله في المبسوط. ونقله ابن الحاجب وغيره. والله أعلم.

ص: ورهن ش: أي لا يكفي في الإخراج أن يرهنه؛ لأن الرهن باق على ملك الراهن، ثم بين الحكم [بعد[141]] الوقوع في القولة التي بعد هذه.

ص: وأتى برهن ثقة إن علم مرتهنه بإسلامه ولم يعين وإلا عجل ش: قال في المدونة: وإذا أسلم عبد النصراني فرهنه بعته عليه وعجلت الحق، إلا أن يأتي برهن ثقة مكان العبد فيأخذ الثمن فقيده بعض القرويين بما إذا لم ينعقد البيع على هذا الرهن بعينه، ونقل في التوضيح عن ابن محرز أنه قيده بما إذا كان المرتهن عالما،/ بإسلام العبد فرهنه على ذلك فجمع المصنف بين القيدين فصارت المسألة على أربعة أوجه: الأول: إذا علم مرتهنه بإسلامه ولم يعين الرهن فله أن يأتي برهن ثقة، وهذا صريح كلام المصنف، وهو موافق لصاحب التقييدين.

256

الثاني: إذا انتفى الأمران [بأن[142]] لم يعلم مرتهنه بإسلامه وعين الرهن فيعجل الحق على ما قال المصنف، وهو أيضا موافق لصاحب التقييدين. الثالث: إذا انتفى الأول دون الثاني [بأن[143]] لم يعلم المرتهن بإسلامه ولم يعين الرهن، فمقتضى كلام المصنف أيضا تعجيل الحق، وهو موافق لكلام ابن محرز ومخالف لبعض القرويين. الرابع: إذا انتفى الثاني دون الأول بأن يكون علم بإسلامه وعين الرهن، فمقتضى كلام المصنف أيضا تعجيل الحق، وهو موافق لبعض القرويين مخالف لكلام ابن محرز وهذه الصور الثلاث داخلة في قول المصنف: "وإلا عجل" وجعل اللخمي محل الخلاف إذا كان الإسلام قبل الرهن. قال: وأما إن أسلم بعد الرهن فلا يعجل اتفاقا، وتبعه في الشامل، وهذا كله إذا أراد الكافر أخذ الثمن وإلا فلو عجله لكان ذلك له. قاله في التوضيح.

ص: كعتقه ش: الضمير راجع للعبد المرهون وليس هو خاصا بمسألة العبد الكافر إذا أسلم، بل مراده أن الراهن إذا أعتق العبد المرهون فإنه يقضى عليه بتعجيل الدين الذي عليه إن كان موسرا وستأتي المسألة مفصلة في باب الرهن.

ص: وجاز رده عليه بعيب ش: قال في الكبير: يعني فإن باع الكافر عبده المسلم أو بيع عليه

الحديث ....

---

141 - في المطبوع بعدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 وسيد9 ويحيى21 وم100.

142 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص256 وم100 (وفي يحيى21 بأن لا) وسيد9.

143 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص256 وم100 ويحيى21 وسيد9.

نص خليل

وَفِي خِيَارِ مُشْتَرٍ مُسْلِمٍ يُمْهَلُ لِانْقِضَائِهِ وَيُسْتَعْجَلُ الْكَافِرُ كَبَيْعِهِ إنْ أَسْلَمَ وَبَعُدَتْ غَيْبَةُ سَيِّدِهِ وَفِي الْبَائِعِ يُمْنَعُ مِنَ الإِمْضَاءِ وَفِي جَوَازِ بَيْعِ مَنْ أَسْلَمَ بِخِيَارٍ تَرَدُّدٌ وَهَلْ مَنْعُ الصَّغِيرِ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى دِينِ مُشْتَرِيهِ أَوْ مُطْلَقًا إنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَبُوهُ تَأْوِيلاَنِ وَجَبْرُهُ تَهْدِيدٌ وَضَرْبٌ وَلَهُ شِرَاءُ بَالِغٍ عَلَى دِينِهِ إنْ أَقَامَ بِهِ لاَ غَيْرِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ.

متن الحطاب

فوجد به عيب جاز لمن ابتاعه أن يرده عليه، ونحوه للبساطي، وفرضها ابن عبد السلام وابن عرفة فيما إذا اشترى المسلم عبدا كافرا من كافر ثم أسلم العبد بعد الشراء ثم اطلع على عيب، وكذا ذكر المسألة ابن رشد في سماع يحيى من التجارة لأرض الحرب والظاهر أن الحكم في المسألتين واحد. والله أعلم. وما ذكره المؤلف من الرد هو قول ابن القاسم، وقال أشهب وغيره لا يجوز رده ويتعين الرجوع بالأرش.

ص: **وفي خيار مشتر مسلم يمهل لانقضائه** ش: يعني أن الكافر إذا باع عبده الكافر لمسلم فأسلم العبد في أيام الخيار، فإن كان الخيار للمسلم فإنه يمهل لانقضائه؛ لتعلق حق المسلم بالتأخير. المازري: وهو ظاهر المدونة.

ص: **ويستعجل الكافر** ش: أي وإذا كان الخيار للكافر فإنه يستعجل، وظاهره سواء كان بائعا أو مبتاعا وهو ظاهر، والثاني منصوص عليه.

ص: **كبيعه إن أسلم وبعدت غيبة سيده** ش: تشبيه في تعجيل البيع، وقاله في المدونة وجهل موضعه كبعد غيبته. قاله أبو الحسن. قال: وهذا إذا لم يطمع بقدوم السيد، وأما إن طمع بقدومه انتظر يدل عليه ما في كتاب العيوب. انتهى. وفهم من تقييد الغيبة بالبعيدة أنه لا يبيعه في القريبة وينتظره، وصرح به في المدونة. قال أبو الحسن ذكر في الكتاب في غير [موضع[144]] أن الغيبة القريبة كاليوم واليومين، وفي الشهادة كالثلاثة، وفي الأجوبة البعيدة عشرة أيام. والله أعلم.

فرع: فإن بيع العبد ثم قدم السيد فأثبت أنه أسلم قبل إسلام العبد كان له أن يأخذه بطريق الاستحقاق، فإن عتق كان له نقض العتق./ قاله أبو الحسن.

257

ص: **وفي البائع يمنع من الإمضاء** ش: يعني أن المسلم إذا باع عبده الكافر من كافر بخيار وكان الخيار للبائع المسلم فإنه يمنع من إمضاء البيع.

ص: **وفي جواز بيع من أسلم بخيار تردد** ش: توقف في ذلك المازري، وفي كلام اللخمي ميل للجواز وهو الظاهر؛ لأن له استقصاء الثمن، ألا ترى أنه لا يلزم أن يبيعه بأول ثمن يعطى فيه ساعته فتأمله. والله أعلم.

ص: **وهل منع الصغير إذا لم يكن على دين مشتريه أو [مطلق إن[145]] لم يكن معه أبوه تأويلان** ش: لم يبين رحمه الله هنا ولا فيما تقدم ولا فيما يأتي الصغير الذي أراد هل صغير المجوس

الحديث

....

---

144 *- في المطبوع مواضع وما بين المعقوفين من م100 ويحيى22 وسيد9.

145 – في المطبوع مطلقا أو ويحيى22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص257 وم101.

نص خليل

وَالصَّغِيرِ عَلَى الأَرْجَحِ.

متن الحطاب

أو صغير الكتابيين؟ والظاهر أنه أراد هنا وفيما يأتي صغار الكتابيين لأن التأويلين اللذين ذكرهما هما التأويلان اللذان ذكرهما عياض، وهو إنما ذكرهما في صغار الكتابيين، وأما الصغير المتقدم فيحتمل أن يريد صغار الكتابيين وهو الظاهر، ويكون الكلام على أسلوب واحد ويكون الألف واللام في قوله" "وهل منع الصغير" للعهد ويكون سكت عن حكم صغير المجوس؛ لأن حكمه يفهم منه بالأحروية، ولأن ظاهر المدونة أن المجوس يجبرون على الإسلام صغيرهم وكبيرهم كما سيأتي، ويحتمل أن يريد بالصغير المتقدم ما يعم الكتابي والمجوسي، لكن يحتاج إلى تخصيص التأويلين بالكتابي، وكأنه رحمه الله قبل تقييد عياض للمسألة بكون الصغير الكتابي ليس معه أبوه؛ فكأنه يقول يمنع بيع الصغير من الكتابيين للكافر، وهل المنع إذا لم يكن الصغير على دين مشتريه.

وأما إذا وافقه في الدين فيجوز؟ وهذا التأويل ذكره عياض عن بعضهم ولم يرتضه، أو المنع من بيع الصغير من الكتابيين [مطلق؛[146]] أي سواء كان على دين مشتريه أو لم يكن، وهذا التأويل هو الذي ارتضاه عياض، وقوله: "إن لم يكن معه أبوه" يعني أن المنع من بيع الصغير الكتابي من الكافر إنما هو إذا لم يكن معه أبوه؛ لأنه حينئذ يجبر على الإسلام، وأما إن كان معه أبوه فلا يمنع لأنه لا يجبر على الإسلام، وهذا حكم صغار الكتابيين، وأما صغار المجوس فإن لم يكن معهم آباؤهم فإنهم يجبرون على الإسلام ويمنع الكفار من شرائهم بلا خلاف، وإن كان معهم آباؤهم ففيهم خلاف، كذلك اختلف في الكبير من المجوس هل يجبر على الإسلام أم لا؟ ولم يختلف في الكبير من سبي أهل الكتاب أنه لا يجبر على الإسلام. قاله ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الجنائز، وفي معنى الكبير من عقل دينه. قاله في سماع محمد بن خالد من كتاب المحاربين.

258

[وظاهر[147]] المدونة في أول كتاب التجارة إلى أرض الحرب أن المجوس/ يجبرون على الإسلام ويمنع النصارى من شرائهم مطلقا صغيرهم وكبيرهم، ونصها: قال ابن نافع عن مالك في المجوس إنهم إذا ملكوا أجبروا على الإسلام، ويمنع النصارى من شرائهم ومن شراء صغار الكتابيين، ولا يمنعون من كبار الكتابيين، وهذا في المجوس المسبيين، أما المجوس الذين ثبتوا على مجوسيتهم بين ظهراني المسلمين فلا يجبرون على الإسلام. قاله في آخر سماع أصبغ من كتاب التجارة إلى أرض الحرب من البيان، وقبله ابن رشد وقال إنه صحيح؛ لأن المسبيين منهم إنما أجبروا على الإسلام من أجل أنهم لم يفقهوا دينهم ولا عقلوه لما هم عليه من الجهل، فكان لهم في ذلك حكم الصغار. انتهى. ولم يحك في ذلك خلافا. قال في سماع محمد بن الحسن من جامع البيوع إنه لا خلاف في أنه لا يجبر على الإسلام.

ص: **والصغير على الأرجح** ش: إنما كرره -والله أعلم- ليفيد أن الراجح من التأويلين المنع مطلقا؛ أي سواء كان على دين مشتريه أو لم يكن، لكن لو قال على الأصح لكان مشيرا لترجيح القاضي

الحديث

....

[146] - في المطبوع مطلقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص257 ويحيى22 وم101.

[147] - في المطبوع ظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص257 وم101 ويحيى22

نص خليل

وَشُرِطَ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ طَهَارَة.

متن الحطاب

عياض، فإنه لم [يوجد لابن[148]] يونس في ذلك ترجيح، وكذلك قال ابن غازي إنه لم يقف عليه لابن يونس في مظنته في كتاب التجارة إلى أرض الحرب.

ص: وشرط [المعقود[149]] عليه طهارة ش: لما فرغ رحمه الله من الكلام على الركن الثاني من أركان البيع أتبعه بالكلام على الركن الثالث الذي هو آخر الأركان وهو المعقود عليه، وهو الثمن والمثمون، وعبر عنهما بلفظ واحد كما فعل في العاقد، فأركان البيع في الحقيقة خمسة الدال على الرضا [من قول أو فعل[150]] والبائع والمشتري والثمن والمثمون، لكن لما كان الثاني والثالث حكمهما [واحدا عبر[151]] عنهما بلفظ واحد، وكذلك الرابع والخامس فصار ثلاثة بهذا الاعتبار، وقال الشارح في الكبير المراد بالمعقود عليه المثمون وهو غير ظاهر، وجعل ما ذكرناه أولا من أن المراد بالعاقد البائع والمشتري احتمالا وهو المتعين، وزاد بعضهم ركنا سادسا فقال السادس نفس العقد، ويعني به الهيئة الحاصلة من مقارنة الإيجاب للقبول وصدورهما من المتعاقدين. والله أعلم. وذكر المصنف للمعقود عليه خمسة شروط، واحترز بكل شرط عما يقابله الأول الطهارة، واحترز به من النجس، ولا يريد العموم في كل نجس بل ما نجاسته ذاتية كالعذرة والزبل أو كالذاتية وهو ما لا يمكن تطهيره كالزيت المتنجس وشبهه على المشهور. وصرح به ابن عطاء الله في كتاب الطهارة ، وأما إذا كانت نجاسته عرضية فلا اختلاف في عدم اعتبارها. قاله ابن عبد السلام والمصنف، والدليل على منع بيع النجس على الوجه المذكور نهيه تعالى عن أكل المال بالباطل؛ لأن ما كان كذلك لا تحصل به منفعة للمسلم أو تحصل به منفعة يسيرة فكأنه غير منتفع به أصلا، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل المناقض للتجارة؛ ألا ترى أنه أتى بعده بأداة الاستثناء فقال: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ وهي موجبة لأن يكون ما بعدها مناقضا لما قبلها في الاستثناء المتصل وكذلك هنا عند المحققين. قاله ابن عبد السلام. ودليله من السنة نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك، روي عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل لرسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها؟ فقال: لا هو حرام، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم الشحوم أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه} هكذا أخرجه مسلم[1] ، وأخرجه البخاري بلفظ آخر[2] ، ومعنى أجملوه أذابوه. وقوله حرم قال القرطبي: صحت الرواية بإسناده إلى ضمير الواحد تأدبا منه عليه الصلاة والسلام أن يجمع بينه وبين اسم الله في ضمير الاثنين، كما رد على الخطيب قوله: [ومن[152]] يعصهما فقال له: {بئس خطيب القوم قل:

الحديث

1- عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال (لا هو حرام) ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك (قاتل الله اليهود إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه)، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1581، دار إحياء التراث العربي.

2- إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا هو حرام ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه، البخاري الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2236، دار إحياء التراث 2005.

---

148 – في المطبوع يوجد في ابن وم101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص258 ويحيى22.

149 *- في عب وبن وجواهر الاكليل للمعقود وكذلك في نسخة محمد يحي.

150 – ساقطة من المطبوع ويحيى22 وم101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص258

151 – في المطبوع من قول أوفعل وما بين المعقوفين نبه عليه الشيخ محمد سالم .

152 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص258 ويحيى23 وم101.

نص خليل لاَ كَزِبْلٍ وَزَيْتٍ تَنَجَّسَ.

متن الحطاب ومن يعص الله[1] } انظره. والله أعلم.

259

ص: لا كزبل/ وزيت تنجس ش: يعني إذا كان المعقود عليه من شروطه الطهارة فيجوز بيع كل طاهر حاو للشروط الآتية، لا غير الطاهر مما نجاسته ذاتية كزبل الدواب، أو كالذاتية لكونه لا يمكن تطهيره كالزيت المتنجس، وذكر هذين لكونهما مختلفا فيهما فيعلم أن المشهور فيهما المنع، ولينبه على أن الممنوع إنما هو بيع النجس الذاتي، أو الذي كالذاتي كما تقدم، واعلم أن المذهب على أن الأعيان النجسة لا يصح بيعها، إلا أن في بعضها خلافا يتبين بذكر آحاد الصور. قاله في الجواهر.
وقال اللخمي: بيع النجاسة على وجهين محرم ومختلف فيه بالجواز والكراهة والتحريم، واستعمالها على وجهين: جائز ومختلف فيه كذلك، وأكل ما استعمل فيه على وجهين: جائز ومختلف فيه، فبيع كل نجاسة لا تدعو الضرورة إلى استعمالها ولا تعم بها البلوى حرام كالخمر والميتة لحمها وشحمها ولحم الخنزير، والأصل في ذلك الحديث المتقدم، واختلف فيما تدعو الضرورة إلى استعماله على ثلاثة أقوال وذكر الخلاف، وقال ابن بشير: النجاسة على قسمين: مجمع عليها ومختلف فيها وكل واحد على قسمين ما تدعو الضرورة إليه وما لا تدعو الضرورة إليه، فالمجمع عليه الذي لا تدعو الضرورة إليه لا خلاف في منع بيعه والانتفاع به والذي تدعو الضرورة إليه، مجمعا عليه كان أو مختلفا فيه، فهل يجوز بيعه أم لا؟ على ثلاثة أقوال. انتهى.
ويأتي إن شاء الله ذكر الأقوال التي ذكرها، والصور المختلف فيها هي كل ما فيه منفعة مقصودة، فلأجل مراعاة تلك المنفعة اختلف العلماء فيه إذ قد علم أنه إنما منع بيع النجس؛ لأنه لا منفعة فيه أصلا أو فيه منفعة منع الشارع منها فصار وجودها كالعدم؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، فمن تلك الصور الزبل ودخل تحت الكاف في قوله: "كزبل" صور أخر نجاستها ذاتية وفيها منفعة؛ منها العذرة، ومنها عظام الميتة، ومنها جلود الميتة، ومن الصور أيضا الزيت المتنجس، وكاف التشبيه مقدرة فيه ليدخل فيه كل متنجس لا يقبل التطهير كالسمن المتنجس والعسل المتنجس ونحو ذلك،
أما العذرة وهي رجيع بني آدم فنسب ابن الحاجب وابن شاس للمدونة المنع من بيعها، والذي في التهذيب الكراهة. قال في البيوع الفاسدة: كره مالك بيع العذرة ليزبل بها الزرع أو غيره قيل لابن القاسم فما قول مالك في زبل الدواب؟ فقال: لم أسمع منه فيه شيئا إلا أنه عنده نجس، وإنما كره العذرة لأنها نجس، وكذلك الزبل أيضا، وأنا لا أرى ببيعه بأسا. قال أشهب: والمبتاع في زبل الدواب أعذر من البائع.
قال الشيخ أبو الحسن في الأمهات قال: وأما الرجيع فلا خير فيه، ووقع له في كتاب محمد المشتري أعذر من البائع في الرجيع أيضا، ويعني أعذر أكثر اضطرارا، وقال ابن عبد الحكم لا عذر الله واحدا منهما. وقال قبله: الشيخ وكراهة بيع العذرة على بابها. انتهى. وكذلك ظاهر اللخمي أن الكراهة على بابها وقال المصنف في التوضيح بعد ذكر كلام المدونة المتقدم: فانظر كيف عبر بالكراهة في موضعين، نعم عبر أبو عمران وعياض عن مالك بلا يجوز، وهو موافق للمصنف، ولعل الذي حملهم على ذلك التعليل بالنجاسة. انتهى. وكذلك ابن عرفة نسب المنع للمدونة، ويأتي لفظه إن شاء الله، وهو ظاهر ما فهمه

الحديث 1- عن عدي بن حاتم أن رجلا خطب عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال: من يطع الله ورسوله فقد رشد ومن يعصهما فقد غوى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيس الخطيب أنت قل ومن يعص الله ورسوله، مسلم في صحيحه، كتاب الجمعة، رقم الحديث 870، دار إحياء التراث العربي.

نص خليل ....

متن الحطاب ابن بشير عن المدونة، والمنع مذهب ابن عبد الحكم، ونقل اللخمي كلامه بلفظ: ما عذر الله واحدا منهما، وأمرهما في الإثم سواء. انتهى. كذا نقله ابن عبد السلام والمصنف، وفي بعض النسخ ما أعذر الله بالألف من باب أكرم والمعنى واحد أي ما قبل الله العذر من واحد منهما، ونقل اللخمي أيضا كلام أشهب بلفظ: وقال أشهب في الزبل المشتري فيه أعذر من البائع، وأما العذرة فلا خير فيها. وقال في كتاب محمد في العذرة بيعها للاضطرار: والعذر جائز والمشتري أعذرهما. انتهى. فقول أشهب هذا يفرق [فيه[153]] بين الاضطرار وغيره، وهذا على أن فاعل/ قال في كلام اللخمي أشهب، وكذا فهم المصنف وابن عبد السلام فنسباه له، وظاهر كلام ابن عرفة أنه لمحمد، وقال ابن الماجشون بجواز بيع العذرة، وظاهر كلام ابن بشير والمصنف أنه قوله هو.

260

ونقل ابن عرفة عن ابن محرز أنه رواه، وسيأتي لفظه، فتحصل في بيع العذرة أربعة أقوال المنع لمالك على ما فهمه الأكثر عن المدونة ولابن عبد الحكم، والكراهة على ما فهم الشيخ أبو الحسن المدونة حيث قال في قولها: "وكره بيع العذرة ليزبل بها الزرع أو غيره" الخ: وكراهة بيع العذرة على بابها. انتهى. وظاهر كلام اللخمي أن الكراهة على بابها، والجواز لابن الماجشون، والفرق بين الاضطرار فيجوز وعدمه فيمنع لأشهب في كتاب محمد، وخرج اللخمي لابن القاسم الجواز من [إجازته بيع[154]] الزبل، وتعقبه ابن بشير بأنه غير المقصود؛ لأنه تخريج في الأصول من الفروع لأنه إنما شبه الزبل في المنع، ويمكنه لو سئل عن بيع العذرة أن يقول لا أجيزه؛ لأنه مجمع عليه والزبل مختلف فيه، وأشار إلى هذا صاحب التنبيهات.

قال: ومساق قول ابن القاسم حين ساوى بينهما في النجاسة ثم أباح بيع الزبل يدل على جواز بيع العذرة، إلا أن يقال الفرق بينهما [للإختلاف[155]] في نجاسته. انتهى. ونقل في التوضيح هذا الفرق عن أبي عمران.

قال ابن عرفة ويفهم من كلام المازري رده بأنه لو اعتبر فارقا ما صح تخريج ابن القاسم المنع في الزبل لمالك من منعه بيع العذرة. انتهى بالمعنى. وهو ظاهر، والضمير في رده عائد إلى التعقب لا بقيد كونه لابن بشير لتقدم المازري عليه، وكذلك قال في التوضيح، وقال ابن عرفة: رد ابن عبد السلام تعقب ابن بشير بقوله: هو بناء على مراعاة الخلاف وترك مراعاته لا يوجب تخطئة الأئمة. انتهى. وهو كذلك في ابن عبد السلام، وقبله في التوضيح، ورده ابن عرفة بما حاصله أن ما ذكره لا يصلح وحده دون كلام المازري المتقدم ردا؛ لأنه يصير معنى كلام ابن عبد السلام أن ابن القاسم أجاز بيع الزبل مع كونه نجسا، وألغى كون النجاسة مانعة من جواز البيع ولم يراع دليل القول بطهارته، فيلزمه حينئذ إباحة العذرة؛ لأنها حينئذ مساوية للزبل، وهذا لا يتم أعني [أنه[156]] لم يراع دليل القول بطهارة الزبل؛ لأن دليل القول بطهارته معنى مناسب للحكم، بل نجاسته لا تمنع بيعه، فجاز أن يكون ابن القاسم اعتبره فارقا، فلا يصح حينئذ أن يلزم إباحة

الحديث ....

153 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص259 ويحيى23 وم101

154 – في المطبوع إجازة الزبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم102 ويحيى23

155 – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (الاختلاف) وهو الذي في يحيى24 وم101.

156 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم102 ويحيى24

نص خليل ....

متن الحطاب العذرة، ولا جواب عن كون ما ذكره أنه فارق غير فارق عنده وأنه لم [يعتبره[157]] سوى أنه لو اعتبر ما ذكر فارقا لما صح له إلزام مالك منع بيع الزبل من منعه بيع العذرة، وهو كلام المازري المتقدم. والله أعلم. ونص كلام ابن عرفة الموعود به في نقل الخلاف في العذرة: وفي العذرة ثلاثة: فيها منعها. ابن عبد الحكم: إثم العاقدين سواء. ابن محرز: وروى ابن الماجشون جوازه، وخرجه اللخمي لابن القاسم [من[158]] إجازته بيع الزبل، ونقل عن محمد جوازها للاضطرار والمشتري أعذر. انتهى. وأما الزبل ففيه ثلاثة أقوال [قياسه ابن[159]] القاسم على العذرة في المنع عند مالك، وقول ابن القاسم بجوازه، وقول أشهب المتقدم عن المدونة المشتري أعذر من البائع، هكذا نقل ابن عرفة، ونصه في الزبل: الثلاثة تخريج ابن القاسم وقوله وقول أشهب فيها المشتري أعذر من البائع. انتهى. وعلى ما فهمه الشيخ أبو الحسن، وهو ظاهر كلام اللخمي من أن الكراهة على بابها تكون الأقوال فيه أيضا أربعة، ومشى المؤلف على قياس ابن القاسم الزبل على العذرة فدل على أن العذرة ممنوعة بالأحروية، وجمع ابن بشير بين العذرة والزبل. وحكى فيهما ثلاثة أقوال المنع والجواز وجعلهما شاذين، والفرق بين العذرة فيمنع والزبل فيجوز على ما ارتضاه من رد تخريج اللخمي، ولم يصرح فيه بمشهورية ولا ترجيح، وهذه هي الأقوال التي تقدم في كلامه الإشارة إليها، وكذلك اللخمي جمع بين العذرة والزبل، وحكى فيها ثلاثة أقوال الجواز/ لابن القاسم على ما خرجه له في العذرة والكراهة لمالك والمنع لابن عبد الحكم، وهي الأقوال التي تقدمت في كلامه الإشارة إليها، واعلم أن القول بالمنع هو الجاري على أصل المذهب في المنع من بيع النجاسات، والقول بالجواز لمراعاة الضرورة، ومن قال [بالكراهة[160]] تعارض عنده الأمران، ورأى أن أخذ الثمن عن ذلك ليس من مكارم الأخلاق، والقول الآخر رأى أن العلة في الجواز إنما هي الاضطرار فلا بد من تحققها بوجود الاضطرار إليه. والله أعلم.

261

تنبيه: قال في المدونة في البيوع الفاسدة إثر الكلام المتقدم: ولا بأس ببيع خثاء البقر وبعر الغنم والإبل. قال أبو الحسن: لأنه عنده طاهر وإن كان الشافعي يخالف فيه، وقال في الشامل: وجاز بيع [روث[161]] إبل وبقر وغنم ونحوها. انتهى. وقال عياض: صوابه خثي البقر والجمع أخثاء. انتهى. وهو بكسر الخاء المعجمة وسكون المثلثة وآخره ياء تحتية. قاله في الصحاح. قال: والمصدر بالفتح تقول خثي البقر [يخثى[162]] خثيا، وأما عظام الميتة وقرونها وأظلافها ففي طهارة ذلك ونجاسته خلاف مذكور في الطهارة، والمشهور النجاسة في ذلك كله، وفي أنياب الفيل فيمنع البيع.

الحديث ....

157 – في المطبوع يعزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم102 ويحيى24

158 – في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم102 ويحيى24

159 – في المطبوع قياس لابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم102 ويحيى24

160 – في المطبوع بالكراعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 وم102 ويحيى24

161 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 وم102 ويحيى24

162 – في المطبوع يخثو وم102 ويحيى24 وما بين المعقوفين من ن عدود ص261

نص خليل ....

متن الحطاب قال ابن الحاجب هنا: وعظام الميتة ثالثها يجوز في ناب الفيل. قال في التوضيح: الخلاف مبني على الخلاف في الطهارة، والمشهور أنه نجس فلا يباع. انتهى. ونقل ابن عرفة في الطهارة عن أصبغ أنه إن وقع البيع فإن كانت العظام أو أنياب الفيل صلقت فلا يفسخ إن فات، وإن لم تصلق فيفسخ ولو فات. انتهى. وهذا على قوله إنها تطهر بالصلق، فعلى المشهور يكون الحكم واحدا قبل الصلق وبعده، وكذلك جلود الميتة لا يجوز بيعها وإن دبغت، وقيل يجوز، وقال في التوضيح: القولان مبنيان على الطهارة، ومقابل المشهور لابن وهب في جواز البيع بعد الدبغ بشرط البيان. انتهى. ونقل ابن عرفة هذين القولين بعد الدبغ، وأما قبله فنقل في ذلك طريقين الأولى لابن حارث لا يجوز اتفاقا، الثانية لابن رشد في جواز البيع والانتفاع ثلاثة أقوال:

الأول الجواز فيهما لابن وهب مع قيامه من سماع ابن القاسم في صابون طبخ بزيت وقعت فيه فأرة.

الثاني المنع فيهما وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقول ابن عبد الحكم، والثالث يجوز الانتفاع لا البيع، وهو رواية لابن القاسم في جامع العتبية، ومذهب المدونة المنع من بيع ذلك كله.

قال في البيوع الفاسدة منها: ولا يجوز بيع ميتة ولا جلدها وإن دبغ ولا يؤاجر بها على طرحها؛ لأن ذلك كله بيع. ثم قال: ولا أرى أن تشترى عظام الميتة ولا تباع ولا أنياب الفيل ولا يتجر بها ولا يمتشط ولا يدهن بمداهنها. اهـ. وأما الكلام على طهارتها وجواز استعمالها فمحله كتاب الطهارة.

فروع: الأول: على قول مالك في المدونة بأنه لا يجوز بيع [جلد[163]] الميتة وإن دبغ. قال ابن عرفة: سمع عيسى ابن القاسم لو اشترى بثمنه غنما فنمت ثم تاب تصدق بالثمن لا الغنم. عيسى: إن وجد بائعه أو وارثه رد إليه وإلا تصدق به، فإن جاء مستحقه خير بين الصدقة والثمن كما في اللقطة. ابن رشد: قول ابن القاسم يتصدق بالثمن استحسان، وقياس قوله وروايته جواز الانتفاع بجلود الميتة وإغرام مستهلكها قيمتها [صدقته[164]] بفضل الثمن على قيمة الانتفاع بها؛ لأن له الرجوع على [مبتاعها[165]] بقيمة الانتفاع [فيقاصه[166]] به من الثمن؛ لأن الغلة إنما تكون للمبتاع بالضمان وهو لا يضمنها إن تلفت، وقول عيسى يرد الثمن الصواب فضله، ويلزم المشتري إن باعها ما لزم البائع.

قلت: لعل قوله: يتصدق بكل الثمن لاحتمال عدم انتفاع المبتاع بها كما تقدم في ابتدال[167] رؤوس الضحايا .اهـ. وهذه المسألة في رسم [أمكنني[168]] من سماع عيسى من كتاب البيوع، وقول عيسى ليس بخلاف لابن القاسم إنما هو تبيين له، كذا بين ابن رشد في شرح المسألة، وما ذكره ابن عرفة نحوه لابن عبد السلام، ونصه بعد ذكر كلام ابن رشد غير معزو/ له: قلت إذا لم يكن للبائع على

262

الحديث ....

[163] *- ساقطة من المطبوع ووردت في م103 ويحيى24 وسيد11.

[164] - في المطبوع صدقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 وم103 ويحيى24 وسيد11.

[165] - في المطبوع متاعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 وم103 ويحيى24 وسيد11.

[166] - في المطبوع يقاصه وم103 ويحيى24 وسيد11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص261.

[167] *- كذا في م103 ويحيى 24.

[168] - هكذا في ن عدود ص261 وم103 ويحيى24 وصوبه الشيخ محمد سالم ب أمكنتني .

نص خليل ....

متن الحطاب

المشتري سوى الغلة خاصة فلعله إنما أمره في الرواية بالتصدق بجميع الثمن لأنه لا يعلم المشتري هل انتفع بالجلد واغتله أم لا؟ وإن كان انتفع به فما مقدار المنفعة فأمره بالتصدق لهذه الاحتمالات. والله أعلم.

الثاني: قال في رسم الجامع من سماع أصبغ من كتاب البيوع: وسمعت ابن القاسم يقول لا بأس ببيع شعر الخنزير الوحشي وهو كصوف الميتة كذلك رواها أبو زيد، أصبغ: هذا خطأ لا خير في ذلك ليس كصوف الميتة ولا حق لبائعه، [وهو[169]] مثل الميتة الخالصة أو أشد، كل شيء منه حرام حي وميت، وصوف الميتة إنما حل لأنه حلال منها وهي حية، وشعر الخنزير ليس بحلال حيا ولا ميتا، ولا يباع ولا يؤكل ثمنه، ولا تجوز التجارة فيه والكلب أحل منه وأطهر، وثمنه لا يحل قد حرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نهى عن ثمنه. ابن رشد: قول ابن القاسم هو الصحيح على أصل مالك في أن الشعر لا تحله الروح، وأنه يجوز أخذه من الحي والميت، كان مما يؤكل أو مما لا يؤكل لحمه كبني آدم والخيل والبغال والقرود التي أجمع أهل العلم على أنه لا يؤكل لحومها، أو مما يكره أكل لحمه كالسباع فوجب على هذا الأصل أن يكون شعر الخنزير طاهر الذات أخذ منه حيا أو ميتا تحل الصلاة به وبيعه، وقول أصبغ ليس ببين وقياسه فاسد، وقوله: "والكلب" الخ ليس بحجة؛ إذ [لا[170]] يحرم ثمنه لنجاسته إذ ليس بنجس؛ لأنه لو وقع في جب وخرج منه لم يتنجس ذلك الماء بإجماع، وقد حرم الشرع أثمان كثير من الطاهرات كالحر ولحم النسك. والله أعلم. اهـ . وقال في الشامل: وجاز بيع صوفها كشعر خنزير خلافا لأصبغ. اهـ. والله أعلم.

الثالث: تقدم أنه دخل تحت كاف التشبيه المقدرة في قوله: "وزيت تنجس: كل زيت متنجس لا يقبل التطهير، ومنه ما ذكره البرزلي عن أحكام ابن خويز منداد لا يجوز بيع مصحف كتب من دواة ماتت فيها فأرة، وتقدم في الطهارة ما يفعل فيه، وتقدم أنه خرج بقوله: "وزيت تنجس" ما كانت نجاسته عارضة ويمكن زوالها، وأن النجاسة العارضة لا تمنع البيع، وأن ذلك يفهم من تمثيل المؤلف للنجس الممنوع بالزبل والزيت النجس، وكذلك قال ابن غازي: في قول المؤلف: "وزيت تنجس" خرج به نحو ثوب تنجس مما نجاسته عارضة وزوالها ممكن ويجب تبيينه إذا كان الغسل يفسده .اهـ. وذكر أبو عمران الزناتي في مسائل البيوع له أن من عيوب الثوب كونه نجسا وهو جديد فإنه يوجب الرد. اهـ. ونص عليه اللخمي قال: لأن المشتري [يحب[171]] أن ينتفع به جديدا. قال سند: وكذلك إن كان لبيسا ينقص بالغسل كالعمامة والثوب الرفيع والخف قال: وإن كان لا ينقص من ثمنه فليس عيبا. قاله في التوضيح في الكلام على الصلاة بثياب أهل الذمة في كتاب الطهارة، وتقدم كلامه في شرح قوله: "ولا يصلي بلباس كافر".

الحديث ....

[169] – في المطبوع وهل وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 ويحيى25 وسيد11 وم103.

[170] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 (وفي م103 ويحيى25 وسيد11 لم)

[171] – في المطبوع يجب وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 وم103 ويحيى25 وسيد11.

نص خليل وَانْتِفَاعٌ لاَ كَمُحَرَّمٍ أَشْرَفَ.

متن الحطاب

قلت: والظاهر وجوب التبيين وإن كان لا يفسده الغسل وإن لم يكن عيبا خشية أن يصلي فيه مشتريه خصوصا إذا كان بائعه ممن يصلي فإنه يحمل على الطهارة.

الرابع: قال البرزلي في مسائل[الضرر[172]]: سئل الصائغ عن بيع قاعة المرحاض وليس المراد إلا ما يجتمع فيه لحاجة [للمشتري[173]] إليه، وهل يطيب الثمن للبائع؟ فأجاب: البيع في البيت لا يرد. قال البرزلي: قلت ظاهره أنه يكره ابتداء؛ [كبيع الزبل والعذرة[174]] لأنه تكلم فيه بعد الوقوع فيجري [فيها[175]] الخلاف الذي فيه، وظاهر المذهب الجواز لأن المبيع إنما هو القاعة ولواحقها غير معتبرة كمال العبد وحلية السيف التي في النصل [تبعا[176]] [لهما[177]] وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها تابعة لأصلها إلى غير ذلك، ومنه مسألة شيخنا في بيع الفدان الذي له مساق ولولا هي لما كانت له قيمة يعول عليها. انتهى.

قلت: الظاهر من المذهب المنع ابتداء؛ لأن المقصود من الصفقة لا يجوز بيعه، وأما بعد الوقوع فيمضي على ما قال مراعاة للخلاف فتأمله. والله/ أعلم. وفي مسائل الإجارة منه سئل السيوري عمن أكرى أرضه بمائها وشرط عليه أن يعطي أحمالا من الزبل معلومة للأرض المكتراة. فأجاب: لا يجوز ذلك إذا كانت عذرة أو هي مع غيرها وعقد على الجميع عقدا واحدا. قال البرزلي: هذا يجري على الخلاف في بيع الزبل والعذرة ممن يجيزه أو يكرهه فكذا هنا ويحتمل الأمر مع المنع هنا؛ لأنه هنا تابع للكراء فهو أضعف وهو عندي ظاهر المدونة من قوله إذا اكترى أرضا على أن يكربها ثلاث مرات ويزرعها [في[178]] الكراب الرابع جاز ذلك على أن يزبلها إن كان الذي يزبلها به شيئا معروفا فظاهرها العموم، أما الجواز مطلقا؛ أو لأنها تبع لما يباح بيعه والعرف اليوم على الجواز. انتهى. ومسألة المدونة في أواخر أكرية الدور والأرضين منها، ونقلها المصنف في فصل كراء الدور والأرضين، وقوله: "يكربها" بضم الراء وبالباء الموحدة وتكريب الأرض تطييبها وإثارتها للحرث والزراعة، وهو الكراب بفتح الكاف، وأما الزيت النجس وشبهه فيمنع بيعه. قال ابن شاس عن ابن حبيب: وعلى ذلك مالك وأصحابه إلا ابن وهب. انتهى. قال في التوضيح: وصرح المازري بمشهوريته، ومقابله رواية وقعت لمالك كان يفتي بها ابن اللباد وفيه قول ثالث بجواز بيعه لغير المسلم. انتهى.

ص: **وانتفاع به لا كمحرم أشرف** ش: لما فرغ من الكلام على الشرط الأول من شروط المعقود عليه أتبعه بالكلام على الشرط الثاني فقال: وانتفاع يعني أنه يشترط في المعقود عليه أن يكون منتفعا به فيجوز بيع المنتفع به لا ما لا منفعة فيه فلا يجوز العقد به ولا عليه، والدليل على ذلك ما تقدم من أنه من أكل المال بالباطل وذلك كمحرم الأكل إذا أشرف على الموت، واعلم أن الأعيان على قسمين: الأول ما لا منفعة فيه أصلا فلا يصح العقد به ولا عليه لما تقدم، بل لا يصح ملكه كما صرح به المازري وابن شاس والقرافي، ومثله بالخشاش، ومثله البساطي بالخفاش وبعض العصافير التي لو جمع منها

الحديث

....

172 – في المطبوع الغرر وما بين المعقوفين من من م103.
173 – في المطبوع المشتري وما بين المعقوفين من من البرزلي ج4 ص390.
174 – ساقطة من المطبوع ووردت في نوازل البرزلي ص190.
175 – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي ج4 ص390.
176 – في المطبوع تبع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م103.
177 – في المطبوع وم103 وسيد11 التي النصل تبع لها، وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 وصوبه الشيخ محمد سالم بـ"له" وهو الذي في يحيى25 .
178 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص263 وم103 ويحيى25 وسيد11.

بجب تبيين نجاسة وإن لم تغيره الغسل. بيع قاعة المرحاض لأجل ما يحتاج له المشتري مما اجتمع فيه 263 من النجاسات

نص خليل ....

متن الحطاب ماثة لم يتحصل منها أوقية لحم، وذلك داخل في كلام القرافي أو قريب منه. الثاني: ما له منفعة وهو على ثلاثة أقسام: الأول: ما كان جميع منافعه محرمة وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، ومثله القرافي بالخمر والمطربات المحرمة إلا عند من أجاز تخليل الخمر فإنه سهل في إمساكها ليخللها. وقال في المتيطية: ومن اشترى من آلة اللهو شيئا البوق وغيره فسخ البيع وأدب أهله. انتهى. الثاني ما كان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب والعبد والعقار وشبه ذلك. قاله المازري. ويصح ملكه إلا أن يتعلق بتلك المنفعة حق [ءادمي[179]] كالحر فإنه أحق بنفسه أو حق لله كالمساجد والبيت الحرام فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه وقد يمنع تعلق حق الآدمي البيع دون الملك كأم الولد والمعتق إلى أجل والوقف ونحو ذلك.

الثالث: ما فيه منافع محللة ومنافع محرمة.

264 قال المازري: فهو المشكل على الأفهام ومزلة الأقدام، وفيه ترى العلماء/ مضطربين، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم، فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعا فواضح إلحاقه بالقسم الأول، ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والادهان وعمله صابونا والإيقاد في كل موضع ممنوع منه على المشهور إنما فيه إيقاده في غير المساجد وانتفاع غير الآدمي منه وذلك في حكم التبع فامتنع بيعه.

وفي أواخر كلام المازري تمثيله لذلك بشحم الميتة قال: فالمقصود الذي هو الأكل حرام وإن كان فيه بعض المنافع محللة عند من يجيز استعمال ذلك في بعض المواضع قال: ويلحق بهذا المعنى بياعات الغرر؛ لأنه قد لا يحصل [المبيع[180]] فتصير المعاوضة على غير منتفع به ويلحق بالقسم الأول الذي لا منفعة فيه أصلا لكن ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقا وفي هذا تقديرا وتجويزا. والله أعلم. وإن كان جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبع فواضح إلحاقه بالثاني ويمكن تمثيله بالزبيب ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر. والله أعلم. وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة.

قال المازري فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالممنوع لأن كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبعيضه والتعاوض على المحرم ممنوع فمنع الكل لاستحالة التمييز، ولأن الباقي من المنافع يصير ثمنه مجهولا لو قدر جواز انفراده. انتهى. وجزم ابن شاس بأن المنافع المقصودة إذا كان بعضها محللا وبعضها محرما لم يصح البيع، ونصه: وإن توزعت يعني المنافع المقصودة في النوعين لم يصح البيع؛ لأن ما يقابل ما حرم منها من أكل المال بالباطل وما سواه من بقية الثمن [يصير[181]] مجهولا، وهذا التعليل يطرد في كون المحرم منفعة واحدة مقصودة كما يطرد في كون المنافع بأسرها محرمة وهذا النوع

الحديث ....

179 *- في المطبوع الآدمي وما بين المعقوفين من م104 ويحيى25 وسيد11.

180 - في المطبوع البيع وسيد11 وم104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 ويحيى26.

181 - في المطبوع يصيره وما بين المعقوفين من الجواهر لابن شأس، ج2 ص336.

نص خليل ....

متن الحطاب

وإن امتنع بيعه لما ذكر من الوجهين فملكه صحيح لينتفع مالكه بما فيه من منافع مباحة. انتهى. وعدم صحة البيع ظاهر [من كلام[182]] المازري أيضا ثم قال ابن شاس: فرع: لو تحقق وجود منفعة محرمة ووقع الالتباس في كونها مقصودة فمن الأصحاب من يقف في [حكم[183]] جواز البيع، ومنهم من يكره ولا يحرم. انتهى. وقال المازري بإثر كلامه المتقدم: وربما وقع في هذا النوع مسائل تشكل على العالم فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبسا أمرها هل هي مقصودة أم لا؟ ويرى ما سواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لأجل كون المقصود من المنافع محللا ولا ينشط لإطلاق الإباحة لأجل الإشكال في تلك المنفعة هل هي مقصودة أم لا فيقف هنا المتورع، ويتساهل آخر [فيقول[184]] بالكراهة للالتباس ولا يحرم، فاحتفظ بهذا الأصل فإنه من مذهبات العلم ومن أتقنه علما هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة في هذا الباب وأفتى وهو على بصيرة في دين الله. انتهى. والله أعلم.

واحترز المؤلف بقوله: "أشرف" مما إذا بيع قبل أن يشرف فإنه يجوز بيعه ولو كان مرضه مخوفا على الأصح كما يفهم ذلك من قول المصنف: "وحامل مقرب" والمراد بكونه أشرف أنه بلغ حد السياق كما قال ابن الحاجب: ولا يباع من في السياق، واحترز بقوله: "محرم" من مباح الأكل فإنه يباع ليذكى فيجوز بيعه لوجود المنفعة. قاله ابن عبد السلام، ونقله عنه في التوضيح، وتبعه في هذا المختصر، وقال ابن عرفة: قلت: وظاهر إطلاقاتهم، ونص ابن محرز منع بيع من في السياق ولو كان مأكول اللحم للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحما وفي حصول ذكاته؛ لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه، وهو يرد قول ابن عبد السلام يجوز ذلك في مأكول اللحم. انتهى.

265

فالصواب في إطلاق ابن الحاجب في قوله: "ولا يباع من في السياق" وهو أحسن/ من تقييد المصنف بكونه محرما تبعا لابن عبد السلام كما قاله ابن عرفة، وقد ذكر ابن غازي كلام ابن عرفة وهو ظاهر. والله أعلم. وقول الشارح: وقيل يجوز بيعه ولو محرما مشرفا لا أعرفه. والله أعلم.

فروع: الأول: قال في الجواهر: إذا تقرر اشتراط المنفعة فيكفي مجرد وجودها وإن قلت، ولا يشترط كثرة القيمة فيها ولا عزة الوجود، بل يصح بيع الماء والتراب والحجارة لتحقق المنفعة وإن كثر وجودها، [وقلت قيمتها[185]] ويجوز بيع لبن الآدميات لأنه طاهر منتفع به. اهـ. وأجازه أيضا الشافعي وابن حنبل ومنعه أبو حنيفة لأنه جزء حيوان منفصل عنه في حياته فيحرم أكله وبيعه، وجوابه القياس على لبن الأنعام وفرق بشرف الآدمي، وأنه إنما أبيح منه الرضاع للضرورة كتحريم لحمه، ويندفع الفرق بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أرضعت كبيرا فحرم عليها فلو كان حراما ما فعلت ذلك ولم ينكر عليها أحد من الصحابة فكان إجماعا على إلغاء هذا الفرق. قاله القرافي.

الثاني: السم جميع منافعه محرمة، قال سحنون: لا يحل بيع السم ولا ملكه على حال، والناس مجمعون على تحريم بيعه. اهـ من الكتاب الثالث من البيوع من النوادر في ترجمة بيع الزبل وبيع

الحديث ....

182 – ساقطة من المطبوع وسيد11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 وم104 ويحيى26.
183 – ساقطة من المطبوع ووردت في الجواهر لابن شاس، ج2 ص337.
184 – في المطبوع ويقول وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 وم104 ويحيى26 وسيد11.
185 – ساقطة من المطبوع ووردت في الجواهر، ج2 ص337.

نص خليل ....

متن الحطاب الميتة. وسيأتي ذلك أيضا في كلام ابن رشد في الفرع الرابع.

الثالث: القرد مما لا منفعة فيه فلا يصح بيعه ولا ملكه. قال في أول البيوع من المتيطية: ما لا يصح ملكه لا يصح بيعه إجماعا كالحر والخمر والخنزير والقرد والدم والميتة وما أشبه ذلك. انتهى. ونقل الجزولي في الوسط عن ابن يونس ثمن القرد حرام كاقتنائه.انتهى. وتقدم في كلام ابن رشد في الفرع الثاني من القولة التي قبل هذه أنه أجمع أهل العلم على أن لحم القرود لا يؤكل، وحكى المصنف في الأطعمة في كراهته وحرمته قولين.

وقال في المسائل الملقوطة: لا يجوز بيع الحر والخنزير والقرد والخمر والدم والميتة والنجاسة، وما لا منفعة فيه كخشاش الأرض والحيات والكلاب غير المأذون في اتخاذها وتراب الصواغين [والصور[186]] [وآلات[187]] الملاهي والأحباس ولحوم الضحايا والمدبر والمكاتب والحيوان المريض مرضا مخوفا والأمة الحامل بعد ستة أشهر والحيوان بشرط الحمل، وما في بطون الحيوان [ولا استثناؤه[188]] والطير في الهواء والسمكة في الماء والعبد الآبق والجمل الشارد والغائب على غير صفة والبيع بغير تقليب، وملك الغير والمغصوب، وكل ما فيه خصومة والدين على الميت، والغائب وما لم يبد صلاحه والدار بشرط سكناها أكثر من سنة والدابة بشرط ركوبها أياما كثيرة، والبيع بثمن مجهول وإلى أجل مجهول، وفي وقت صلاة الجمعة. اختصرت ذلك من وثائق الغرناطي. انتهى كلامه. والمقصود منه الكلام على منع بيع القرد، وبقية ذلك أو أكثره تكلم عليه المؤلف كل شيء في بابه، لكن جمع النظائر في محل واحد لا يخلو من فائدة. والله أعلم.

الرابع: المدر الذي يأكله الناس ذكر المصنف في الأطعمة في كراهة أكله ومنعه قولين، وذكرهما ابن رشد في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان، وعزا القول بالكراهة لمحمد، والقول بالتحريم لابن الماجشون، وذكر صاحب المدخل أن المشهور التحريم، واقتصر ابن عرفة على نقل قول ابن الماجشون، وأما بيعه فقال ابن عرفة في كراهة بيعه وحرمته ثالثها الوقف لسماع ابن القاسم ما يعجبني بيعه، وأرى منع بيعه، وقال سحنون لا يصح بيعه ولا ملكه، ونقل عن محمد بن رشد إن كان فيه نفع غير الأكل جاز بيعه ممن يؤمن أن يبيعه ممن يأكله.انتهى. وهذه المسألة في الرسم المذكور وظاهره المنع لا الكراهة، [ونصه:[189]] وسئل عن المدر الذي يأكله الناس فقال: ما يعجبني ذلك أن يباع ما يضر بالناس فإنه ينبغي أن ينهى الناس عما يضرهم في دينهم ودنياهم، ثم

266 قال: يقول الله تعالى: ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ﴾ [أفالطين[190]] من/ الطيبات، إني لأرى لصاحب السوق منعهم من بيعه. ابن رشد: هذا كما قال إذا كانوا يأكلونه وهو مضر بهم فلا ينبغي أن يباع ويجب على الإمام أن ينهي عن ذلك، وهذا إذا لم يكن له وجه إلا الأكل

الحديث ....

[186] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص265 وم104 ويحيى26 وسيد11.

[187] *– في المطبوع ويحيى26 وآلة وما بين المعقوفين من م104 وسيد11.

[188] – في المطبوع واستثناؤه وما بين المعقوفين من ن عدود ص265 ويحيى26 وسيد11 (وفي م104 وإلا).

[189] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص265 وم104 ويحيى27 وسيد11.

[190] *– في المطبوع أفي الطين وفي م105 وسيد12 ويحيى27 أي الطين وما بين المعقوفين من البيان ج9 ص351.

نص خليل ....

متن الحطاب وهو مضر بكل حال فهو كالسم الذي أجمع العلماء على تحريم بيعه، وقال سحنون في كتاب الشرح لا يحل بيعه ولا ملكه، وأما إذا كانت منفعته لغير الأكل فلا معنى أن يمنع من بيعه جملة، وإنما ينبغي أن يباع ممن يصرفه في غير الأكل ويؤمر أن [لا[191]] يبيعه ممن يأكله، وقد كان ابن المواز كره أكله فأما بيعه فلا أدري قد يشترى لغير وجه. وقال ابن الماجشون أكله حرام. انتهى. فإن كان ابن عرفة اعتمد فيما نقل عن سحنون على ما تقدم في كلام ابن رشد؛ أعني قوله قال سحنون في كتاب الشرح لا يحل بيعه ولا تملكه إلى آخر كلامه بعد قوله كالسم الذي أجمع العلماء على تحريم بيعه فالظاهر أنه إنما هو عائد على السم، ويبين ذلك كلام سحنون المتقدم في الفرع الثاني من هذه القولة، وكذلك ما نقل عن محمد من الوقف الظاهر أنه من كلام ابن رشد فتأمله. والله أعلم. فالمدر فيه منفعة محرمة وهي الأكل على المشهور، وفيه منافع أخر مباحة، فإن قصدت المنفعة المحرمة منع البيع وإن [قصد[192]] غيرها جاز. والله أعلم. وقال في المتيطية: ويكره بيع الطين للأكل ولا بأس ببيعه لغير ذلك، وقال ابن الماجشون أكله حرام. انتهى.

الخامس: قال في المتيطية: وكره شراء الدوامات وشبهها للصبيان، والمسألة في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب السلطان، ونصها: سئل ابن القاسم عن الذي يعمل الدوامات للصبيان يبيعها منهم قال أكرهه له. قال محمد بن رشد: إنما كره ذلك له من أجل بيعه إياها من الصبيان ولا يدري هل أذن لهم في ذلك آباؤهم أم لا إلا أنه لما كان الأظهر أنهم مطلعون على ذلك ليسارة ثمنه كرهه ولم يحرمه، ولو علم رضا آبائهم بذلك لم يكن لكراهته وجه؛ لأن اللعب مباح لهم لا يمنعون منه قال ذلك ابن شعبان وهو صحيح؛ لقوله تعالى عن إخوة يوسف لأبيهم في يوسف أخيهم: ﴿ أرسله معنا غدا يرتع ويلعب ﴾ .انتهى.

السادس: قال في رسم البيوع الأول من سماع أشهب: سئل مالك عن التجارة في عظام على قدر الشبر يجعل لها وجوه؟ فقال: الذي يشتريها ما يصنع بها. فقيل يبيعها؟ فقال: ما يصنع بها؟ فقيل يلعب بها الجواري يتخذنها بنات فقال: لا خير في الصور وليس هذا من تجارة الناس. ابن رشد: قوله لا خير في الصور إلى آخره يدل على أنه كره ذلك ولم يحرمه؛ لأن ما هو حرام لا يحل فلا يعبر عنه بأنه لا خير فيه؛ لأن ما لا خير فيه فتركه خير من فعله وهذا حد المكروه، ومعنى ذلك إذا لم تكن صورا مصورة مخلوقة مخروطة مجسدة على صورة الإنسان إلا أنه عمل لها شبه الوجوه بالتزويق فأشبه الرقم في الثوب، وإلى هذا نحا أصبغ في سماعه من كتاب الجامع فقال ما أرى بأسا ما لم تكن صورا مخروطة مخلوقة إلا أنه علل ذلك بعلة فيها نظر فقال لأنها تبقى ولو كانت فخارا أو عيدانا تنكسر وتبلى رجوت أن تكون خفيفة إن شاء الله كالرقوم في الثياب لا بأس بها فإنها تبلى وتمتهن، والصواب أن لا فرق في ذلك بين ما يبقى أو يبلى مما هو بمثال مجسد له ظل قائم مشبه بالحيوان

الحديث ....

[191] – ساقطة من المطبوع وم105 ويحيى27 وسيد12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص266.

[192] – في المطبوع قصدت وما بين المعقوفين من ن عدود ص266 وم105 ويحيى27 وسيد12.

نص خليل ....

متن الحطاب

الحي بكونه على هيئته، وإنما استخف الرقوم لأنها ليست بتماثيل مجسدة وإنما هي رسوم لا أجساد لها ولا يحيا في العادة ما كان على هيئتها، فالمخروط ما كان على [هيئة الحي[193]] وله روح بدليل قوله في الحديث: {إن أصحاب هذه الصور يعذبون يوم القيامة ويقال لهم احيوا ما خلقتم[1]} والمستخف ما كان بخلاف ذلك مما لا يحيا، فالمستخف من هذا اللعب ما كان مشبها بالصور وليس بكامل التصوير، وكلما قل الشبه قوي الجواز لما جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تلعب بها بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا ينكر ذلك عليها، بل كان يرسل الجواري إليها، وكل ما/ جاز اللعب به جاز عمله وبيعه قال ذلك أصبغ في سماعه من الجامع. والله الموفق. انتهى. وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها كنت ألعب بالبنات في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم[2]. قال النووي: قال القاضي عياض: فيه جواز اللعب بهن.

267

قال: وهن مخصوصات من الصور المنهي عنها بهذا الحديث، ولما فيه من تدريب النساء في صغرهن لأمر أنفسهن وبيوتهن وأولادهن. قال: وقد أجاز العلماء بيعهن وشراءهن، وروي عن مالك كراهة شرائهن، وهذا محمول على كراهة الاكتساب بها وتنزيه ذوي المروآت [عن تولي[194]] بيع ذلك لا كراهة اللعب قال: ومذهب جمهور العلماء جواز اللعب بهن، وقال طائفة هو منسوخ بالنهي عن الصور. هذا كلام القاضي. انتهى من النووي.

السابع: قال ابن سهل في أحكامه: وسئل ابن غلاب عمن كانت صناعته عمل ثياب الحرير هل هو في سعة من عمل عمائم منها وشبهها مما لا يلبسه إلا الرجال؛ لأنه قد يشتريها رجل؟ وهل بيعها مباح له؟ فأجاب لا بأس ببيعها وعملها وإن كانت مما يلبسه الرجل لأنه قد يشتريها من لا يلبسها ومن يصرفها في غير اللباس وفي ثمانية أبي زيد مثله. انتهى. ويقيد هذا بأن يبيعها ممن لا يلبسها كما تقدم في المدر أنه يبيعه ممن لا يأكله، وقال القرطبي في شرح حديث مسلم: {إن من الكبائر شتم الرجل والديه[3]} من كتاب الأيمان فيه حجة لمن منع بيع العنب لمن يعصره خمرا وبيع ثياب الحر

بيع عمائم من حرير: يجوز بيعها عمن لا يلبسها
منع بيع العنب عمن يعصره خمراً.

الحديث

[1] – هذا لفظ البخاري، كتاب النكاح، رقم الحديث5181.
[2] – عن عائشة أنها كانت تلعب بالبنات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت وكانت تأتيني صواحبي فكن ينقمعن من رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُسَرِّبُهُنَّ إلي. وهو في صحيح البخاري، رقم الحديث6130.
– وفي رواية له كنت ألعب بالبنات في بيته، وهن اللعب، مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 2440.
[3] – عن عبد الله بن عمر بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الكبائر شتم الرجل والديه قالوا يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه قال نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه، مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 90.

[193] – في المطبوع هيئته بالحي وسيد12 وم105 ويحيى27 وما بين المعقوفين من ن عدود ص266.
[194] *– في المطبوع من وما بين المعقوفين من م105 ويحيى27 وسيد12.

نص خليل

وَعَدَمُ نَهْيٍ لاَ كَكَلْبِ صَيْدٍ وَجَازَ هِرٌّ وَسَبُعٌ لِلْجِلْدِ وَحَامِلٌ مُقْرِبٌ وَقُدْرَةٌ عَلَيْهِ لاَ كَآبِقٍ [وَإِبِلٍ[195] نس] أُهْمِلَتْ وَمَغْصُوبٍ إِلاَّ مِنْ غَاصِبِهِ.

متن الحطاب

ممن لا يلبسها، وهي لا تحل له، وهو أحد القولين لنا. انتهى. وانظر آخر [كتاب[196]] الجامع من البيان.

ص: **وعدم نهي لا ككلب صيد** ش: أي ومما يشترط في المعقود عليه أن لا يكون منهيا عن بيعه فيجوز بيع ما لم ينه عن بيعه لا ما نهى عنه ككلب الصيد والماشية والزرع فأحرى ما لم يؤذن في اتخاذه؛ لما في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم نهى[1] عن بيع الكلب من غير تقييد، وشهر أيضا القول بالجواز في المأذون في اتخاذه، واختاره ابن رشد في آخر كتاب الجامع، واقتصر المصنف على الأول لقوته؛ إذ هو قول مالك وابن القاسم، وشهره ابن رشد وغيره. قال في التوضيح: والمشهور المنع. قال في البيان: وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

فرع: وعلى المشهور فروى أشهب يفسخ إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم يفسخ وإن طال. [قاله[197]] في التوضيح: يفهم من كلام صاحب الشامل ترجيح الأول فإنه قال: وعلى المنع يفسخ إلا أن يطول، وقيل مطلقا.

ص: **وجاز هر وسبع للجلد** ش: نحوه في/ كتاب الضحايا من المدونة. قال ابن ناجي: ولا أعلم فيه خلافا، وظاهره أن بيع ما ذكر –يعني من الهر والسباع– لا لأخذ جلده لا يجوز، وهو كذلك على تحريم أكلها وعلى القول بكراهتها يكره بيعها. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ونهي عن بيع الكلاب" وأما السنور فقيل يكره بيعه وهو الصحيح.

ص: **ومغصوب إلا من غاصبه** ش: أطلق رحمه الله في منع بيع المغصوب من غير الغاصب تبعا لابن الحاجب، وقد ذكر في توضيحه عن [ابن بشير[198]] أنه إذا كان الغاصب مقدورا عليه مقرا بالغصب جاز البيع باتفاق، ثم ذكر عن المدونة ما نصه: ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها كان نقضا لبيع الغاصب؛ أي إذا اشتراها شخص [من الغاصب[199]، [200]] وظاهره جواز بيعها من غير الغاصب، وهو خلاف ما ذكره المصنف –يعني ابن الحاجب– إلا أن يتأول على أن ربها لم يبعها من غير الغاصب إلا بعد تمكنه من أخذها، ولهذا قال الشيخ أبو الحسن إن الشيوخ يقولون إن معناها إذا سلم من شراء ما فيه خصومة. انتهى كلام التوضيح. واقتصر على الجواز في هذا الوجه في الشامل فقال: وإن بيع لغيره وهو مقربه مقدور عليه جاز اتفاقا، فيحمل إطلاق المصنف على ما عدا هذا الوجه، وقد يستروح خروج هذا الوجه من كون الكلام فيما لا قدرة للبائع فيه على تسليم المبيع، والفرض في هذا الوجه خلاف ذلك فتأمله. والله أعلم.

268

الحديث

1 – عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2237، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972.

---

[195] نس – كسر باء الإبل أرجح من سكونها كما في كتب اللغة.

[196] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص267 وم105 ويحيى27 وسيد12.

[197] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من م105.

[198] *– الذي في التوضيح، ج5 ص212 ابن رشد.

[199] *– الذي في مطبوعة التوضيح، ج5 ص212 (أي إذا اشتراها شخص من الغاصب غير عالم وظاهره الخ).

[200] *– في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 وم105 ويحيى28 وسيد12.

نص خليل وَهَلْ إنْ رُدَّ لِرَبِهِ مُدَّةً تَرَدُّدٌ وَلِلْغَاصِبِ نَقْضُ مَا بَاعَهُ إنْ وَرِثَهُ لاَ اشْتَرَاهُ.

متن الحطاب **تنبيه**: قال في التوضيح: ولا يجوز بيعه من غير الغاصب إذا كان المشتري يقدر على خلاصه بجاهه لأنه يأخذه بالبخس فيكون من أكل المال بالجاه. انتهى. وانظر رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب القضاء. والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام: وانظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي هل يكون له ما بين الثمنين أو لا؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره ثم اشتراها [بأقل مما[201]] باعها به ليس له ربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن، أو يفرق بينهما بأن الغاصب ضامن، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامنا.

ص: **وهل إن رد لربه مدة تردد** ش: أي اختلف المتأخرون في النقل عن المتقدمين هل يشترط ذلك أم لا؟ فقال ابن عبد السلام أكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب إلا بعد أن يقبضه ربه، ويبقى بيده مدة طويلة حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر، ورأى أن بائعه إذا باعه على غير ذلك [فهو[202]] مضغوط؛ [أي ببيعه[203]] ببخس مكرها استخلاصا لبعض حقه. انتهى. وحكى ابن رشد أنه إذا [اشتراه[204]] وعلم أنه عازم على رده جاز البيع باتفاق، ونقله عنه في التوضيح، وإلى هذين النقلين أشار بالتردد.

قلت: والظاهر ما قاله ابن رشد، ففي كتاب الصرف من المدونة في ترجمة الذي يصرف الدنانير بدراهم ثم يصرفها بدنانير: ولو [غصبك[205]] جارية جاز أن [تبيعها[206]] منه وهي غائبة ببلد/ آخر. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن نقل كلام ابن عبد السلام: والذي في المدونة وغيرها جواز ذلك. والله أعلم. ويفهم من كلام المصنف أنه إذا كان الغاصب غير عازم على رد المغصوب إلى ربه لم يجز البيع وهو كذلك. قال في التوضيح عن ابن رشد: اتفاقا، وإن أشكل أمره فقولان، يستروح من كلام المصنف ترجيح المنع. 269

تنبيه: حيث قلنا لم يجز البيع؛ فالمعنى أنه لا يصح ولا يلزم البائع، وليس المراد أنه يحرم عليه أن يأخذ من الغاصب ثمنا لأنه يستخلص من حقه ما قدر عليه فتأمله. والله أعلم.

ص: **وللغاصب نقض ما باعه إن ورثه لا اشتراه** ش: هذه مسألة [كتاب[207]] الغصب من المدونة، وتصورها ظاهر، وكذا من تعدى على ملك غيره فباعه. قال في كتاب الغرر من المدونة: ومن تعدى في متاع عنده وديعة فباعه ثم مات ربه فكان المتعدي وارثه فللمتعدي نقض ذلك البيع إذا ثبت التعدي وهو بيع غير جائز. انتهى. قال عبد الحق في كتاب الغصب من النكت: وإذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم ورثها عنه فله نقض البيع، وإذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم اشتراها من

الحديث ....

201 – في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 وم105 ويحيى28 وسيد12.
202 – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 وم105 ويحيى28 وسيد12.
203 – في المطبوع أن يبيعه وم105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 ويحيى28 وسيد12.
204 – في المطبوع اشتراها وما بين المعقوفين من التوضيح، ج5 ص212، ط. نجيبويه.
205 – في المطبوع غصب وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 وم106 ويحيى28 وسيد12
206 – في المطبوع يبيعها ويحيى28 وسيد12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 وم106.
207 – ساقطة من المطبوع وم106 وسيد12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص269 ويحيى28.

نص خليل وَوُقِفَ مَرْهُونٌ عَلَى رِضَا مُرْتَهِنِهِ [وَمَلْكُ[208] نس] غَيْرِهِ عَلَى رِضَاهُ وَلَوْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي.

متن الحطاب ربها ليس له نقض البيع، والفرق بين ذلك على مذهب ابن القاسم فيهما أنه إذا ورثها فلم يجرها إلى نفسه، وإنما جرها الميراث، وإذا اشتراها فهو الذي اجترها، فكأنه أراد أن يحل صنيعه. انتهى. ونقل الشيخ أبو الحسن في شرح مسألة كتاب الغرر عن ابن يونس نحو كلام عبد الحق، ونص كلام ابن يونس: ولو اشتراها من ربها لم يكن له نقض بيعه، بخلاف أن لو ورثها؛ لأن الميراث لم يجره إلى نفسه والشراء من سببه فليس له أن يفعل فعلا يتسبب به إلى نقض عقده. انتهى. وقال ابن عبد السلام: الحال في الغاصب والمتعدي واحدة باعتبار هذه المسألة.

فرع: وإذا قلنا له نقض ما باعه إذا ورثه فإذا مات موروثه وسكت بعد موته ولم ينقض البيع لم يكن له نقضه بعد ذلك، وانظر هل يبطل حقه ولو سكت بعد الموت شيئا يسيرا؟ لم أر في ذلك نصا، ولا شك أنه إن سكت عاما بطل حقه على ما سيأتي في بيع الفضولي، وإن كان أقل من ذلك فالظاهر أيضا البطلان، وانظر هل يعذر بالجهل أم لا؟ والظاهر أنه لا يعذر بذلك. والله أعلم.

فرع: ولو كان له حصة في دار فباع جميعها ثم ورث حصة غيره التي تعدى عليها فله نقض البيع فيها ثم أخذ حصته بالشفعة. قاله في سماع سحنون من كتاب الغصب وفي سماع أبي زيد من كتاب الشفعة.

ص: ووقف مرهون على رضا مرتهنه ش: لما ذكر أن من شروط المعقود عليه القدرة على تسليمه وكان المرهون قد تعلق به حق المرتهن وملك الغير قد تعلق به حق مالكه والعبد الجاني تعلق به حق المجني عليه خشي أن يتوهم أن ذلك مانع من صحة البيع في هذه المسائل كما يقوله المخالف، فنبه على أن البيع صحيح في هذه المسائل كلها، ولكنه موقوف على إجازة من تعلق حقه بذلك، فبيع المرهون صحيح ولكنه يوقف على رضا المرتهن، فإن أعطوه دينه فلا كلام له، وإلا فإن بيع بمثل حقه عجل له، وإن بيع بأقل من حقه أو كان دينه عرضا فله إجازة البيع ورده، فإن أجاز تعجل حقه بعد أن يحلف أنه إنما أجاز ليتعجل حقه، وهذا إن وقع البيع بعد أن قبضه المرتهن، وأما إن باعه قبل القبض فإن البيع ماض ولا مقال للمرتهن إن فرط في قبض الرهن وإن لم يفرط فقولان، وسيأتي الكلام على المسألة في باب الرهن بأوسع من هذا.

270 ص: وملك غيره على رضاه ولو علم المشتري ش: قال/ ابن عرفة: وفيها كان بائعه غاصبا أو متعديا. انتهى. وسواء كان البائع أجنبيا أو قريبا من [المالك،[209]] أو كان المبيع رقيقا وباع نفسه. قال في النكاح الأول من المدونة: ولو باع الأمة رجل أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد فأجازه السيد جاز، ونقله ابن الحاجب في باب النكاح، ونصه: وإذا أنكح الأبعد مع وجود المجبر لم [يجز[210]] ولو أجازه كالأب ومثله السيد على الأرجح ولو شريكا بخلاف بيعها نفسها. انتهى.

الحديث ....

---

[208] نس – قوله وملك غيره هو بفتح الميم أفصح من كسرها وكسرها أرجح من ضمها على ما يتحصل من الصحاح والمختار والمصباح واللسان والله تعلى أعلم.

[209] – في المطبوع البائع وفي م106 ويحيى29 وسيد12 للبائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص270 .

[210] – في المطبوع يجبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص270 وم106 ويحيى29 وسيد12.

نص خليل ....

متن الحطاب قال ابن فرحون: والمعنى أن النكاح لا يمضي بإمضاء السيد بخلاف ما لو باعها أجنبي أو باعت هي نفسها فأمضى السيد البيع فإنه يمضي.

فروع: الأول: قال القرافي في الفرق الخامس والثمانين بعد المائة: على القول بصحة بيع الفضولي هل يجوز الإقدام عليه؟ ففي التنبيهات ما يقتضي تحريمه لعده إياه مع ما يقتضي الفساد لأمر خارجي، [و[211]] ظاهر كلام صاحب الطراز الجواز؛ [لقوله[212]] هو تعاون على البر. انتهى.

قلت: بل ظاهر كلام صاحب الطراز أنه مطلوب لا جائز؛ لأنه جعله من التعاون على البر، وهذا ورد الأمر به؛ لقوله تعالى: ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ والجائز في إطلاق أهل المذهب إنما هو المباح، والحق أن ذلك يختلف بحسب المقاصد، وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح له فتأمله. والله أعلم.

الثاني: قال في التوضيح: ومنهم من يقول إنما يلزم هذا البيع للمشتري إذا كان المالك حاضرا أو قريب المكان، وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزمه البيع لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر. انتهى./ 271 وهذا التقييد لا بد منه، وقاله في كتاب الغصب من المدونة، وأطلق في العتبية، وقيده اللخمي بالغيبة البعيدة، وقبله أبو الحسن، وصرح ابن رشد في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق أنه لا يعلم في ذلك خلافا، وكلام التوضيح والشامل يوهم أنه خلاف المشهور وليس كذلك.

الثالث: لو طال الزمان في بيع الفضولي قبل علم المالك حتى استغله المشتري فهل تكون الغلة له؟ حكى المشذالي في حاشية المدونة في أثناء كتاب القسمة عن الطراز أنه إن كان المشتري غير عالم بالتعدي، وكانت هناك شبهة تنفي عن البائع التعدي لكونه حاضنا للمالك، أو ادعى الوكالة ونحو ذلك فالغلة للمشتري، وإلا فهي للبائع، والمشتري كالغاصب، ونحوه لأبي الحسن الصغير في كتاب النذور، ونصه في مسألة من حلف أن لا يبيع لفلان فباع لرجل ثوبا دفعه إليه فلان: الشيخ: يؤخذ من هذه المسألة أن من باع دارا تعرف لزيد، فادعى البائع أن زيدا وكله على بيعها، ثم قدم زيد فأنكر الوكالة أنه إن كان البائع من سبب زيد وناحيته لم يغرم الغلة، وإلا فعليه أن يرد الغلة. قاله سحنون. وكذلك الحاضنة تبيع على الأيتام المنزل. انظر كتاب الغصب من ابن يونس. انتهى. ونص كلام المشذالي: قال في الطراز: من هلك عن أطفال ولهم أم غير [وصية[213]] تبيع [حقلا[214]] لهم من رجل فيغتله فيبلغ الأولاد، فإن كانت الأم تقوم وتحوط فالغلة للمبتاع. قال المشذالي: إنما كانت الغلة للمبتاع من أجل الشبهة التي أبعدته عن أن يكون كالغاصب كما قال سحنون فيمن باع سلعة تعرف لرجل وزعم أنه وكيله على البيع وغاب ولا يعرف، فاشترى وهو يعلم أن الدار للغائب، ثم قدم الغائب فأنكر، فإن كان البائع يقوم في الدار وينظر ويعمل حتى ثبتت له شبهة الوكالة فالغلة للمبتاع، وإن لم تكن له شبهة كما قلنا فالمشتري كالغاصب. انظر الطرر في ترجمة بيع الوكيل في

الحديث ....

[211] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص270 وم106 ويحيى29 وسيد12.

[212] *– الذي في مطبوعة الفروق للقرافي، ج3 ص1028، ط. دار السلام لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى)

[213] *– في المطبوع وصيته وما بين المعقوفين من م106 وسيد12 ويحيى29.

[214] – في المطبوع حقا لهم وم106 ويحيى29 وسيد12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص271.

نص خليل ....

متن الحطاب السدس الأول من البيوع، وما حكاه عن سحنون حكاه عنه اللخمي أيضا، وأشار الشيخ أبو الحسن إلى أنه قائم من كتاب الأيمان من المدونة، وذكره أبو محمد في كتاب الاستحقاق من النوادر، ونبه عليه ابن عرفة في كتاب الغصب من مختصره. انتهى كلام المشذالي. وقال في المتيطية في بيع الوكيل على موكله: لو كان رب الدار غائبا وزعم هذا البائع أن ربها وكله على بيعها ولا يعرف ذلك إلا بقوله فاشتراها منه من يعلم أنها للغائب، ثم قدم الغائب فأنكر التوكيل فقال سحنون: إن كان هذا الوكيل يقوم على الدار وينظر إليها حتى تثبت له شبهة الوكالة فالغلة للمبتاع، وإن كان ليس له شبهة فالمشتري منه كالغاصب والغلة للمستحق، وكذلك الأم تبيع على الأطفال فإن كانت تقوم عليهم وتحوطهم وتنظر لهم فباعت وهي كذلك فالغلة للمبتاع. انتهى.

الرابع: هل يدخل المبيع في ضمان المشتري في بيع الفضولي أم لا؟ ظاهر كلام ابن رشد في أول مسألة من كتاب النذور أنه يدخل في ضمانه، فإنه قال فيمن اغتصب عبدا وباعه وأعتقه المشتري ثم استحقه سيده أنه إن أجاز البيع نفذ عتق المشترى فيه؛ لأن البيع كله لم يزل جائزا من يوم وقوعه، وإن لم يجزه وأخذ عبده انتقض العتق. انتهى. وانظر الكلام في كتاب الغصب في المشترى من الغاصب. والله أعلم.

الخامس: إنما يكون البيع موقوفا على رضا المالك إذا لم يكن حاضرا للبيع. قال ابن رشد: إن كان حاضرا الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن، وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه، وإن كان لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ حقه، وإن لم [يقم[215]] إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى انقضت مدة الحيازة لم يكن له شيء. انتهى من رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق. وفي سماع أشهب منه وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأقضية، وفي سماع سحنون من جامع/ البيوع وفي آخر سماع يحيى من كتاب الشفعة، وفهم من قوله حتى انقضى المجلس أنه لو تكلم قبل انقضاء المجلس لم يلزمه البيع وهو كذلك صرح به في أول سماع أشهب من الكتاب المذكور قال: ويحلف. والله أعلم. وقال في التوضيح في النكاح في المسائل التي لا يعذر فيها بالجهل: ومنها الرجل يباع عليه ما له ويقبضه المشتري وهو حاضر لا يغير ولا ينكر ثم يقوم ويدعي [أنه لم يرض ويدعي[216]] الجهل. انتهى انظر ابن سلمون في البيع، ومسائل البيوع من البرزلي. قال فيها: وسئل ابن أبي زيد عن امرأة باع زوجها ملكا لها وهي ساكتة عالمة بالبيع؟ فأجاب إن أنكرت ذلك فلها ذلك ولا يمين عليها، إلا أن يدعي المشتري عليها أنها رضيت بذلك، وإن بيع ذلك [وحيز[217]] عليها وبنى المشتري وهدم وغرس والبيع مشهور وهي تعلم ولا تنكر فالبيع يلزمها ولها الثمن، هذا مع رشدها، وإن كانت سفيهة فللقائم نقضه وإن طال الزمان. انتهى.

272

الحديث ....

[215] – في المطبوع والبيان والتحصيل ج11 ص148 يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 وم107 ويحيى29 وسيد13.

[216] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص272 وم107 ويحيى29 وسيد13.

[217] – في المطبوع وجبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص272 وم107 وسيد13

نص خليل وَالْعَبْدُ الْجَانِي عَلَى مُسْتَحِقِّهَا وَحَلَفَ إن ادُّعِيَ عَلَيْهِ الرِّضَا بِالْبَيْعِ ثُمَّ لِلْمُسْتَحِقِّ رَدُّهُ إن لَمْ يَدْفَعْ لَهُ السَّيِّدُ أَوْ الْمُبْتَاعُ الأَرْشَ وَلَهُ أَخْذُ ثَمَنِهِ وَرَجَعَ الْمُبْتَاعُ بِهِ أَوْ بِثَمَنِهِ إنْ كَانَ أَقَلَّ وَلِلْمُشْتَرِي رَدُّهُ إنْ تَعَمَّدَهَا.

متن الحطاب **السادس:** دار بين رجلين باع أحدهما من أجنبي نصفها على الإشاعة هل يقع بيعه على نصفه فينفذ، أو يقع على [نصف نصيبه ونصف نصيب[218]] شريكه فينفذ في نصيبه دون نصيب شريكه؟ اختلف في ذلك. انظر رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى من كتاب الشفعة وأول رسم من سماع ابن القاسم من الشركة، وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة وفيه إذا باع جزأ دون حصته.

السابع: لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي وحكمه كبيعه. قال في المتيطية: من باع سلعة لغيره بغير إذنه فإن البيع ينعقد ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز ذلك ربها وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه فلا يكون [للبائع[219]] حل الصفقة إذا أخذها المبتاع لنفسه. انتهى. فإن لم يجز الشراء لزمت السلعة المشتري الفضولي، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشتري إلا أن يكون المشتري أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشتري فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذي اشترى به ملك المشترى [له[220]] فإن أخذ المشترى له ماله ولم يجز الشراء انتقض البيع فيما إذا صدق البائع ولم ينتقض في قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشتري بمثل الثمن ويلزمه البيع، هذا قول ابن القاسم وأصبغ، وقال ابن الماجشون القول قول المشتري له فيحلف أنه ما أمر المشتري ويأخذ ماله إن شاء من المشتري وإن شاء من البائع، فإن أخذه من البائع كان له أن يرجع على المشتري ويلزمه الشراء، وإن أخذه من المشتري لم يكن له رجوع على البائع. قاله في نوازل أصبغ من جامع البيوع.

الثامن: قال ابن رشد في شرح هذه المسألة: من اشترى من رجل شيئا فأراد أن يكتب في كتاب شرائه هذا ما [اشتراه[221]] فلان لفلان بماله وأمره لم يلزم البائع أن يشهد له بذلك؛ لأن ذلك وإن كان لا يقتضي تصديق البائع في [أن[222]] الشراء لفلان ولا في أن المال له ولا يوجب للمشتري الرجوع على البائع وإن جاء فأنكر الأمر بالشراء على مذهب ابن القاسم وأصبغ ما لم يصرح بعلم البائع أن المال لفلان أو بتصديقه المشتري على ذلك، فمن حجة البائع أن يقول أخشى أن يأتي المشتري له فيدعي أني علمت بذلك [أو صدقت[223]] عليه فيلزمني اليمين أو يحكم له بالرجوع على مذهب ابن الماجشون.

التاسع: لا يفيد إقرار البائع بعد البيع بالتعدي ففي كتاب الغصب من المدونة: لو باع أمة ثم أقر بغصبها لم يصدق على المبتاع وغرم لربها قيمتها. انتهى.

ص: والعبد الجاني على مستحقها ش: لو قال والعبد الجاني على مستحقها إن لم يدفع له السيد

الحديث ....

218 – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع على نصفه ونصف شريكه وهو الذي في م107 ويحيى30 وسيد13.

219 – في المطبوع للمبتاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص272 وم107 ويحيى30 وسيد13.

220 – ساقطة من المطبوع وم107 ويحيى30 وسيد13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص272.

221 – في المطبوع اشترى وم107 ويحيى30 وسيد13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص272.

222 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص272 وم107 ويحيى30 وسيد13.

223 *– في البيان والتحصيل، ج8 ص65. أني علمت بذلك وصدقته في قوله فتلزمني اليمين الخ.

نص خليل وَرُدَّ الْبَيْعُ فِي لأَضْرِبَنَّهُ مَا يَجُوزُ وَرُدَّ [لِمِلْكِهِ[224] س].

متن الحطاب أو المبتاع الأرش ورجع المبتاع به وبثمنه إن كان أقل وحلف السيد إن ادعى عليه الرضا بالبيع ثم للمستحق رده أو أخذ ثمنه لكان أوضح.

فروع: الأول: قال في المدونة: ومن جنى عبده جناية فقال أبيعه وأدفع الأرش من ثمنه فليس له ذلك إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون أو يأتي بضامن ثقة فيؤخر اليومين ونحوهما وإلا فداه أو أسلمه، 273 وإن باعه ودفع إلى المجني عليه دية الجرح/ جاز بيعه، وإلا لم يجز. قال أبو الحسن: قوله: "يضمن" أي يلتزم ذلك وذلك خيفة أن يموت ثم ذكر عن اللخمي قولا آخر أن للسيد بيعه قال: وهو أحسن. ثم قال: وقوله: "وإن باعه" أي بادر للبيع، وقوله: "جاز" أي مضى، وقوله: "وإلا لم يجز" أي لم يمض.

الثاني: قال المشذالي: قال الوانوغي عن ابن عبد السلام لو اشترى رجل سلعة ولم يدفع ثمنها وهو مليء فهل يجوز له بيعها بغير رضا البائع، أو لا بد من رضاه خوف فلس المشتري؟ يجري الأمر فيها على هذه المسألة إن كان مليا جاز. قال ابن عرفة: لا يجري عندي لاختلاف المتعلقين؛ لأن الجناية تعلقت بعين العبد، ولذا تسقط بموته والثمن بذمته. انتهى. والله أعلم.

الثالث: قال في المدونة: وإذا ولدت الأمة بعد الجناية لم يسلم ولدها معها إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه وقد زايلها الولد قبله ولكن تسلم للجناية بمالها، وهو قول أشهب في الولد والمال. انتهى.

الرابع: قال فيها أيضا: وإن جنى عبد فلم يحكم فيه حتى جنى جنايات على قوم فإن سيده مخير إما أن يفديه بدياتهم [جمع[225]] وإلا أسلم إليهم العبد فتحاصوا فيه بقدر مبلغ [جناية كل[226]] واحد منهم، ولو فداه ثم جنى فعليه أن يفديه ثانية أو يسلمه. انتهى جميع ذلك من كتاب جنايات العبيد. ووجهه أن الجنايات إنما ينظر فيها يوم الحكم. اللخمي: وعلى القول أنه بالجناية الأولى ملك للمجني عليه يخير المجني عليه أولا إما أسلمه أو فداه. والله أعلم.

ص: **ورد البيع في لأضربنه ما يجوز ورد لملكه** ش: أتى المصنف بهذه المسألة هنا؛ لأن البائع لا قدرة له على تسليم المبيع لأجل اليمين المتعلقة به ولا خصوصية لحلفه بالضرب، بل إذا حلف بحرية عبده أو أمته وكانت يمينه على حنث فإنه يمنع من البيع ومن الوطء.

فروع: الأول: قال أبو الحسن عن ابن يونس: لو لم ينقض البيع حتى ضربه عند المبتاع فقيل يبر، وقيل لا يبر، ونقلهما الرجراجي بلفظ فإن مكنه المشتري من الضرب في ملكه فهل يبر أو لا؟ قولان قائمان من المدونة منصوصان في المذهب، ولو كاتبه ثم ضربه قال ابن المواز بر، وقال أشهب لا يبر ويمضي على كتابته ويوقف ما يؤدي فإن عتق بالأداء تم فيه الحنث وصار حرا وأخذ كل ما أدى وإن عجز ضربه إن شاء، وقال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية مثله نقله أبو الحسن.

الحديث ....

---

[224] س – قوله لملكه كسر ميمه أرجح من ضمها وفتحها كما يوخذ من شرح القاموس وغيره.
[225] – علق عليه الشيخ محمد سالم بـ " كذا في الأصول والصواب في العربية جمع"
[226] – في المطبوع كل جناية وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم107 ويحيى30 وسيد13.

نص خليل ....

متن الحطاب **الثاني**: حكى في المدونة عن ربيعة أنه إذا حلف ليجلدن عبده مائة سوط فإنه يوقف حتى ينظر أيجلده أم لا؟ قال ربيعة ومالك: وإن حلف ليجلدنه ألف سوط عجلت عتقه قال الشيوخ قول ربيعة في الأولى وفاق أيضا لقول مالك، ونقل ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا حلف ليجلدنه مائة فقد أساء ويترك وإياه وإن حلف على أكثر من ذلك مما فيه التعدي والشنعة فيعجل عتقه، وقال أصبغ إن المائة من التعدي. قال ابن حبيب: وبالأول أقول. نقله أبو الحسن. ونقل أبو الحسن عن أبي إسحاق أن السيد يصدق أن العبد حصل منه ذنب يقتضي الأدب، ولو أقر أنه يضربه ظلما بغير سبب لوجب أن يعتق عليه. قال: ومثله للقابسي، وتأول أبو محمد أنه يمكن من ضربه بغير ذنب إذا كان يسيرا قال واستبعده ابن رشد.

الثالث: قال أبو الحسن: فإن تجرأ وضربه ما لا يجوز فإنه لا يعتق عليه، ولكنه يباع عليه إلا أن يكون ضربا فظيعا فيعتق بالمثلة.

الرابع: [إذا[227]] حلف ليضربنه ما لا يجوز وباعه رد البيع من باب أحرى إلا أنه لا يرد للملكه وإنما يرد للعتق، ولذا [لو[228]] قال المصنف ورد البيع في لأضربنه ونحوه ورد للملكه إن [جاز[229]] لكان أحسن وأشمل. والله أعلم. وما ذكر من أنه يرد للملكه إذا حلف ليضربنه ما يجوز هو المشهور، ومقابله لابن دينار أنه ينقض البيع ويعتق عليه قال ولا أنقض صفقة مسلم إلا لعتق ناجز وضعف بأنا ننقض البيع للكتابة والتدبير.

الخامس: قال في المدونة: إذا مات السيد قبل أن يضربه عتق عليه في ثلثه.

274 **السادس**: إن كانت يمينه على بر نحو إن ضربته فهو حر لم يمنع من البيع/ ولا من الوطء. قال في أوائل كتاب العتق من المدونة: ومن حلف بعتق عبده لا فعلت كذا أو لا أفعل كذا فهو على بر ولا يحنث إلا بالفعل ولا يمنع من البيع والوطء وإن مات لم يلزم ورثته عتق، ولو قال إن لم أفعل أو لأفعلن فهو على حنث ويمنع من البيع والوطء ولا أمنعه من الخدمة فإن مات قبل الفعل عتق رقيقه في الثلث إذ هو حنث وقع بعد الموت. انتهى. زاد أبو الحسن عن اللخمي ولا أمنعه الخدمة ولا الاستئجار.

السابع: إذا كانت يمينه على حنث وضرب أجلا فإنه يمنع من البيع ولا يمنع من الوطء. قال في المدونة: وإن قال أمتي حرة إن لم أفعل كذا إلى أجل أو إن لم يفعل فلان كذا إلى أجل سماه فهو على بر. قال مالك: ولا يمنع من الوطء في الأجل ويمنع من البيع؛ لأنها مرتهنة [بيمين[230]] ولو باعها رددت البيع ولم أقبل منها رضاها بالبيع، وروي لمالك [أنه[231]] يمنع من الوطء كمنعه من البيع.

الحديث ....

227 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم107 ويحيى30 وسيد13.

228 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم107 ويحيى30 وسيد13.

229 – في المطبوع أجاز وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم108 ويحيى30 وسيد13.

230 *– في المطبوع فيهن وما بين المعقوفين من يحيى31 وسيد13 وفي م108 يمين.

231 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 وم108 ويحيى31 وسيد13.

نص خليل وَجَازَ بَيْعُ عَمُودٍ عَلَيْهِ بِنَاءٌ لِلْبَائِعِ إِنِ انْتَفَتِ الإِضَاعَةُ وَأُمِنَ كَسْرُهُ وَنَقَضَهُ الْبَائِعُ.

متن الحطاب قال ابن يونس: لو لم يرد البيع حتى مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه لم يرد البيع؛ لأنه بمضي الأجل حنث وليست في ملكه فارتفعت عنه اليمين فيها فلا ترد إذ لا ترد إلى أمر يترقب فيه بره أو حنثه. انتهى.

قلت: وعلم منه أن الأمة والعبد قبل رد البيع في ملك المشتري وضمانه وهو ظاهر. والله أعلم.

ص: وجاز بيع عمود عليه بناء للبائع ش: إنما نبه على هذه وما بعدها لئلا يتوهم أنها مما لا يقدر فيه على تسليم المبيع.

ص: إن انتفت الإضاعة وأمن كسره ش: قال عياض إثر كلام المدونة في هذه المسألة: معناه عند شيوخنا إن قلع مأمونا ولو كان يخشى كسره لم يجز، وكذلك قالوا إنما هذا إذا كان يمكن تدعيم البناء وتعليقه ولو كان لا يمكن نزعه إلا بهدمه لكان من الفساد في الأرض الذي لا يجوز. انتهى.

وقال في التوضيح: إن انتفت إضاعة المال فإن إضاعته لا تجوز كما إذا كان لا يقدر على إخراجه إلا بهدم الغرفة التي فوقه؛ لأن ذلك من الفساد. اللخمي: إلا أن يكون قد أضعف له في الثمن أو تكون الغرفة تحتاج إلى النقض أو كان عليه بناء يسير. انتهى.

قلت: قول اللخمي إلا أن يكون أضعف له في الثمن فيه نظر؛ لأنه لا يخلو عن إضاعة المال إلا أن يكون له في ذلك غرض صحيح. والله أعلم. واعترض ابن عرفة على ابن شاس وتابعيه في عزوه شرط إضاعة المال للمازري لأنه يوهم اختصاصه به، وقد نقله اللخمي وذكر شرط أمن الكسر أيضا اللخمي [فقال:[232]] وإن كان انقاده مأمونا جاز هذا البيع وإن كان غير مأمون لم يجز، إلا أن يشترط المشتري سلامته بعد حطه. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن ذكر هذا الكلام عن اللخمي: قلت: وهذا خلاف المذهب؛ لأن الغرر المانع مانع ولو شرط فيه سلامة تمكن. انتهى. وقال ابن عبد السلام بعد أن ذكر كلام اللخمي المتقدم: قلت ولا يبعد أن يجوز البيع ولو لم يشترط سلامته بعد حطه لأنه إذا لم يكن على البائع إلا إزالة ما عليه من البناء وتهيئته لأن ينقل فكل ما يجري بعد ذلك فمن المشتري بمقتضى التمكين، فإن قلت لا بد من شرطه وإلا كان إضاعة مال من المشتري. قلت: إن وجب لذلك وجب سقوطه خوف إضاعة البائع ماله.

قال ابن عرفة ردا عليه: قوله ولا يبعد أن يجوز الخ ما نصه: قلت يرد بأن منعه مع عدم أمنه لأنه بيع غرر كمتقدم قول ابن القاسم لا يحل بيع صعاب الإبل فلا يتوجه ما أورد من سؤال وجواب. انتهى. ويشير إلى ما في سماع أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يحل بيع صعاب الإبل للغرر في أخذها لأنها ربما عطبت به فعلم من هذا أن شرط جواز هذا البيع الأمن من كسر العمود في إخراجه وانقاده وإلا كان بيع غرر فيمنع. والله أعلم.

ص: ونقضه البائع ش: قال في التوضيح: ولم يذكر المصنف -يعني ابن الحاجب- من عليه النقض والمنصوص/ لمالك أنه على البائع، وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه استبعده قال ولا وجه لاستبعاده. انتهى. وهذه المسألة في كتاب الغرر من المدونة، ونصها على اختصار ابن يونس: قلت: 275

الحديث ....

---

[232] - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 وم108 ويحيى31 وسيد13.

نص خليل وَهَوَاءٍ فَوْقَ هَوَاءٍ إِنْ وُصِفَ الْبِنَاءُ.

متن الحطاب فإن اشتريت عمود رخام عليه بناء للبائع أيجوز هذا الاشتراء وأنقض العمود إن أحببت قال نعم، وهذا من الأمر الذي لم يختلف فيه أحد علمته بالمدينة ولا بمصر. قال في غير المدونة: وقلع العمود على البائع، وحكى عن القابسي أن معنى ذلك أن على البائع أن يزيل ما فوق العمود ليصل المبتاع إلى قبضه، وكذلك قال غيره من فقهائنا [قال:[233]] وما أصابه بعد ذلك في زواله من كسر أو غيره فهو من المبتاع. انتهى. وقال في التنبيهات: قوله وأنقض العمود ظاهره أن نقضه على المشترى، وقال بعد هذا الكلام في مسألة بائع نصل السيف المحلى وجفنه وينقض صاحب الحلية حليته فجاء من هذا أن النقض على البائع، فجعل بعضهم هذه تفسيرا للأولى، وأن معنى الأولى أن يزيل البائع ما عليه بالتدعيم أو الهدم إذ عليه تخليصه للمشتري ويتولى المشتري بعد هذا قلعه ورفعه، وقد قيل في هذا الباب كله قولان هل ذلك على البائع أو المشتري؟ كبيع الصوف على ظهور الغنم والعلو فوق السفل والثمرة في رؤوس الشجرة على من جداد ذلك وقلعه قالوا وكذلك لو اشترى البناء الذي على العمود أو الحلية التي على النصل فإنه يختلف في ذلك كله؛ لبقاء حق التسليم، وكون نقض العلو على المشتري أبين لتخلصها مما تحتها وكون نقض الحلية [والصوف[234]] والعمود على البائع أبين؛ لارتباطها بما بقي له في ذلك. انتهى. وقوله: وكون نقض الحلية يريد في مسألة بيع السيف، وأما لو باع الحلية دون النصل فالذي جزم به ابن يونس أن نقضها على المشتري، وكذلك في مسألة شراء الصوف على ظهور الغنم والثمرة في رؤوس الشجر جعل النقض على المشتري. وقال في الشامل: وقلعه على بائعه، وقيل إنما عليه نقض بنائه فقط وما أصابه في قلعه فمن المبتاع، وبيع نصل سيف دون حليته ونقضها على البائع، وبالعكس على المبتاع على الأصح كجز صوف بيع على ظهور الغنم، وجداد ثمر في رؤس نخل جزافا فيهما، وقيل على البائع. اهـ. وتفسير الشارح قول المصنف: "ونقضه البائع" بقول اللخمي: "وإزالة البناء على البائع" يوهم أنه حمله على القول الثاني.

فرعان: الأول: انظر قولهم وما أصابه في قلعه فمن المبتاع هل هو مفرع على القول الثاني، أو هو فرع مستقل مفرع على القولين؟، وهذا الذي يظهر من كلام اللخمي وابن عبد السلام وابن عرفة المتقدم فتأمله. والله أعلم. ولم أر من صرح به.

الثاني: من دعا في مسألة السيف والحلية إلى تخليص ملكه فذلك له كما يؤخذ من لفظ التهذيب، وظاهر كلام الأم أنه لا ينقض إلا برضاهما. قال في التنبيهات: وليس ذلك بمراد بل المعنى أن من دعي منهما إلى تخليص ملكه فذلك له، وقوى ابن عرفة ما في الأم.

ص: وهواء فوق هواء ش: أي وجاز بيع هواء فوق هواء فأحرى فوق بناء.

276 ص: إن وصف البناء ش: أي الأعلى والأسفل ويصف بماذا يبنيه من آجر أو حجر./ قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة: اللخمي: ويصف عرض حيطان البناء ويبنيه بالمعتاد من آجر أو حجر.

الحديث ....

---

[233] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص275 وم108 ويحيى31 وسيد13.

[234] – في المطبوع والسيف، وما بين المعقوفين من ن عدود275 وصوبه الشيخ محمد سالم بـ "والسفل" وهو الذي في م 108 ويحيى31 وسيد13.

نص خليل

وَغَرْزُ جِذْعٍ فِي حَائِطٍ وَهْوَ مَضْمُونٌ إلاَّ أَنْ يَذْكُرَ مُدَّةً [فَإِجَارَةٌ[235] س] تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِهِ وَعَدَمُ حُرْمَةٍ وَلَوْ لِبَعْضِهِ وَجَهْلٍ [بِمَثْمُونٍ[236] س] أَوْ ثَمَنٍ وَلَوْ تَفْصِيلاً.

متن الحطاب

اهـ. فظاهره أنه لا يشترط تبيين ما يبنيه من الآجر والحجر خلاف ما قال في التوضيح، إلا أن يحمل كلام اللخمي حيث كان هناك عادة، وكلام التوضيح حيث لم تكن عادة. قال المتيطي: ويصف مصب ماء الأعلى ومرحاضه وحيث تصب قناته ومدخله. نقله ابن عرفة.

فرع: وفرش سقف الأسفل بالألواح على من اشترط وإلا فعلى البائع على الأصح. نقله في التوضيح وابن عرفة.

فرع: ولا يجوز لمبتاع الهواء بيع ما على سقفه إلا بإذن البائع؛ لأن الثقل على حائطه. نقله في التوضيح أيضا وابن عرفة، ويفهم منه أنه ملك ما فوق بنائه من الهواء، إلا أنه لا يتصرف فيه لحق البائع في الثقل، ويفهم هذا من قول التوضيح: قال علماؤنا من ملك أرضا أو بناء ملك هواءها إلى أعلا ما يمكن، واختلفوا هل يملك باطنها أو لا؟ على قولين، رجح بعضهم الملك؛ لقوله عليه السلام: {طوقه من سبع أرضين[1]} وفيه نظر، وقال القرافي: ظاهر المذهب عدم الملك. اهـ.

[ص: **وغرز جذع في حائط** ش: أي جاز بيع موضع[237]] غرز جذع في حائط ويصير ذلك مضمونا على البائع أن يعيد الجدار إذا انهدم ليركب صاحب الجذوع جذوعه.

قلت: وانظر إذا مات البائع أو باع لغيره، والظاهر أن ذلك لازم للورثة، وأما المشتري فإن علم بذلك قبل الشراء فلا كلام له وإن لم يعلم به فهو عيب له الرد إن لم يرض به.

تنبيه: قال المشذالي: ولو طرأ شيء في نفس موضع الحمل المشترى مع صحة بناء جميع الحائط لما لزم رب الحائط شيء، ويقال لمن له حمل الجذوع أصلح موضع حملك أو دع لأنه ملك الموضع، ويترتب على ذلك أحكام الملك من الهبة والميراث. والله أعلم.

ص: **وجهل بثمن أو مثمون ولو تفصيلا** ش: يعني أن من شرط صحة البيع أن يكون معلوم العوضين فإن جهل الثمن أو المثمون لم يصح البيع، وظاهر كلامه أنه متى حصل الجهل بأحد العوضين من المتبايعين أو من أحدهما فسد البيع، وصرح بذلك الشارح في الكبير، وهو ظاهر التوضيح أيضا، وقال ابن رشد في رسم أوصى من سماع يحيى من جامع البيوع، وفي رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصلح: لا يكون البيع فاسدا إلا إذا جهلا معا قدر المبيع أو صفته أو جهل ذلك أحدهما وعلم الآخر بجهله وتبايعا على ذلك، وأما إذا علم ذلك أحدهما وجهل الآخر ولم يعلم بجهله فليس ببيع فاسد، وإنما هو في الحكم كبيع غش وخديعة يكون الجاهل منهما إذا علم مخيرا بين إمضاء البيع أو رده، ولم يذكر في ذلك خلافا. وقال في أول كتاب القسمة من المدونة: ومن باع من رجل مورثه من دار فإن عرفا مبلغه جاز وإن لم يسمياه، وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يجز، وإن

الحديث

1- من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2453، دار الفجر، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1612، وفي رواية للبخاري من ظلم من الأرض شيئا طوقه من سبع أرضين، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2452.

235 س – كسر همزة الإجارة هنا أشهر من ضمها كما في الشروح أول بابها.

236 س – قوله بمثمون الموافق لكتب اللغة لو قال بمثمن.

237 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص276 (وفي يحيى32 وغرز جذع في حائط أي وجار بيع) (وفي م109 وسيد13 وغرز في حائط ش أي وجاز بيع).

نص خليل ....

متن الحطاب ورث رجلان دارين فباع كل واحد من صاحبه نصيبه في إحداهما بنصيب الآخر في الأخرى، فإن عرف كل واحد نصيبه وما هو نصيب صاحبه جاز وإن لم يسمياه، فإن جهل أحدهما مبلغ حقه منهما لم يجز، كما لا يجوز صلح الزوجة على مورث لها في دار لا تعلم مبلغه. اهـ. ثم قال في أثناء كتاب القسمة: وإذا ورثا نخلا وكرما لم يعرفاه ولا رأياه أو عرف ذلك أحدهما فرضيا أن يأخذ أحدهما الكرم ويأخذ الآخر النخل لم يجز ذلك إلا أن يكونا قد رأيا ذلك أو وصف لهما. اهـ. قال أبو الحسن: ليس في الأمهات أو كلاهما، ونقله أبو سعيد من مسألة الغائب، وقوله: "لم يجز" في الأمهات لا خير فيه، واختلف فيما إذا جهله أحدهما هل هو بيع فاسد، أو حكمه حكم الصبرة إذا علم البائع كيلها دون المبتاع؟ قال ابن رشد: وأرى حكمه حكم الصبرة، وهذا على ما في الأمهات إذا جهله أحدهما. الشيخ: ولا ينبغي أن يختلف فيه، وأن حكمه حكم الصبرة. اهـ. ونقله ابن ناجي إلا قوله: ولا ينبغي أن يختلف فيه.

قلت: وظاهر كلام المدونة أنه فاسد خصوصا على اختصار أبي سعيد فإنه جمعه مع جهلهما معا، ولا خلاف في فساد البيع/ بذلك، وأشار المشذالي وغيره إلى حكاية القولين في ذلك، ولعل المصنف اعتمد على المدونة واختصار أبي سعيد، فيحمل كلامه على إطلاقه، ويؤيد ذلك مسألة العبدين الآتية كما سيأتي، ويكون كلامه موافقا لأحد القولين، لكنه خلاف ما اختاره ابن رشد وجزم به. والله أعلم. ونص كلام المشذالي في كتاب القسمة وإن جهل أحدهما المسألة. 277

قلت: وصوبه ابن محرز وغيره، وزعم غير واحد من المغاربة أن القولين في جهل أحد المتبايعين يقومان من مواضع من المدونة منها هذه ومسألة الصبرة. اهـ. وفي المدونة مواضع متعددة في أواخر كتاب الشفعة وفي كتاب الصلح وفي كتاب الغرر وفي السلم الثالث نحو ما تقدم من كلامه، وأشار الشيخ أبو الحسن إلى حملها كلها على ما تقدم. والله أعلم.

تنبيه: قد صرح المصنف في التوضيح في شراء الغائب بأنه إذا انعقد على الإلزام وسكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد، فيظهر أنه مخالف لكلام ابن رشد، والظاهر أنه ليس بمخالف، بل يحمل على ما إذا علم البائع بأن المشتري يجهل المبيع. والله أعلم.

فرع: إذا وقع في الوثيقة وعرفا الثمن والمثمون ثم ادعى أحدهما الجهل لم يكن له قيام ولا يمين، فإن سقطت هذه اللفظة لم يصدق أيضا مدعي الجهل، إلا أن يدعي علم صاحبه بجهله على وجه يمكن فتجب اليمين عليه أنه ما علم بجهله، فإن نكل ورد اليمين عليه حلف لقد جهل ما باعه أو ابتاعه ويفسخ البيع، وإن لم يدع على صاحبه بجهله لم يكن له عليه يمين نقله في المتيطية وابن سلمون، وقال في نوازل ابن رشد: سئل عمن باع أملاكه وهو غائب عنها يعلم أنه لم يدخلها قط وانعقد عليه أنه يعرف قدرها، وكل من في الموضع يشهد بأنه لم يدخلها قط ولا يعرف قدرها ولا مبلغها ولا يحوزها قبل الابتياع ولا بعده فقال: إذا انعقد عليه ذلك فلا يلتفت إلى دعواه ولا يكون له في ذلك

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب قيام إلا أن يدعي أن المبتاع يعلم ذلك فيجب له عليه اليمين. اهـ. فظاهره يقتضي أن اليمين تتوجه إذا ادعى عليه أنه يعلم بجهله ولو كان في الوثيقة أنه عرف ذلك خلاف ما تقدم عن المتيطية أو يقال إنما وجه اليمين عليه مع انعقاد ذلك عليه في الوثيقة للقرينة الدالة على صدق دعوى خصمه وهي شهادة كل من في الموضع أنه ما رآه، وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن فرحون في الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني: المتبايعان محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى جواز [الأمر[238]] حتى يثبت السفه، وعلى الرضا حتى يثبت الإكراه، وعلى الصحة حتى يثبت السقم، وعلى الملا حتى يثبت الفقر، وعلى الحرية حتى يثبت الرق، وعلى الإسلام حتى يثبت الكفر، وعلى العدالة حتى تثبت الجرحة، وقيل عكسه، والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت. قاله ابن سهل. انتهى. وما قاله ظاهر إلا في مسألة العدالة فالمشهور الثاني، وقال قبله: الناس فيما ادعى عليهم محمولون على الجهل حتى يثبت العلم، وعلى العدم حتى يثبت المال. ذكره ابن الهندي. وقال: والعمل عند الحكام أن مدعي العدم عليه الإثبات، وهو أصح.

فرع: قال في كتاب الصرف من المدونة: ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين بدينار فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها فله نقد البلد فإن كان نقد البلد في الدنانير مختلفا فلا صرف بينهما إلا أن يسميا الدنانير. انتهى. وقال اللخمي: إذا صرف دراهم بدنانير أو باعه سلعة بدنانير والدنانير التي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة السكك كان ذلك فاسدا إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما [يتصرفون به سكة[239]] منها وغيره نادر قليل فيجوز ويحملان على الغالب. انتهى. وذكر البرزلي فيما [إذا[240]] تعددت السكك وكان الغالب [أحدها[241]] قولين. قال: وظاهر المدونة في كتاب الأكرية الجواز ويحمل على الغالب. اهـ. ونص ما في أكرية الدور منها: ومن

278 اكترى دارا بدنانير ولم يصفها والنقد مختلف فإن عرف لنقد الكراء سكة قضي بها وإلا/ فسخ الكراء وعليه فيما سكن كراء مثله.

قال أبو الحسن: قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة، وقيل يقضى له بنصف هذه ونصف هذه، وقيل يقضى بكراء المثل طعاما وهو غلط إذ ليس هو قيم الأشياء ولا قيم المتلفات. اهـ.

قلت: وهذا إذا اختلفت السكك في النفاق، فأما إذا استوت في النفاق فإن ذلك جائز ويجبر البائع على أن يقبض ما جاء به المشتري. قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع: البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازا واحدا لا فضل لبعضها على بعض ليس على من ابتاع فيه شيئا أن

الحديث ....

[238] – في المطبوع الامن وما بين المعقوفين من ن عدود ص277 وم109 ويحيى33 وسيد14.

[239] – في المطبوع يتصرفون به وما بين المعقوفين من ن عدود ص277 وم109 ويحيى33 وسيد14.

[240] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص277 وم109 ويحيى33 وسيد14.

[241] *– في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م109 ويحيى33 وسيد14.

نص خليل

كَعَبْدَيْ رَجُلَيْنِ بِكَذَا.

متن الحطاب

يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة فليس عليه أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية، وكما أن البلد الذي تجري فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد [لا[242]] يجوز البيع فيه حتى يسمي بأي سكة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسدا. اهـ. ونقله أبو الحسن الصغير في شرح مسألة أكرية الدور، وذكر البرزلي في مسائل البيوع نحوه قال: والمعاملة في زماننا هو [اتحاد[243]] المغربي والأميري في العقود وبينهما تفاوت يسير في القدر، لكن النفاق واحد في المعاملات إلا من يشترط الأميري فالبيع بها جائز، وما أعطاه من ذلك لزمه إلا أن يشترط سكة فيقضى بها للتفاوت اليسير [فهو[244]] شرط ما فيه منفعة. اهـ.

فرع: قال في سماع أبي زيد من جامع البيوع فيمن اشترى نصف شقة ولم يسم المشترى أولا ولا آخرا، ولم يسم البائع حين القطع فقال البائع لا أعطيك إلا الأخير، وقال المشتري لا آخذ إلا الأول، فإذا ادعى كل واحد أنه سمى أو اتفقا على الإبهام وادعى كل واحد أنه أراد النصف الذي طلبه حلف كل واحد منهما، فإن حلفا أو نكلا فسخ البيع، وإن حلف أحدهما كان القول قوله، وإن اتفقا على عدم التسمية وعدم [النية[245]] كانا شريكين فيها يقسم الثوب على القيمة ثم يستهمان عليه وليس هذا بيع مجهول كما قال بعضهم، ثم لو قال أشتري منك أحد النصفين أيهما وقع السهم عليه، أو أيهما شئت كان غررا. قال في الرواية: فإذا حلف المبتاع يريد وحده رد الثوب إلى صاحبه مقطوعا إلا أن تكون سنة التجار أنهم إذا قطعوا إنما يبيعون الأول فيحمل الناس على تلك السنة. اهـ.

فرع: إذا باع لصباغ أو غيره سلعة على أن يصبغ له ثيابا وما صبغ له حاسبه بنصف ثمنه من ثمن ما باع به وأعطاه نصف الثمن منع ذلك؛ لأنه بيع لا يجوز. اهـ من أسئلة ابن رشد. اهـ من المسائل الملقوطة.

279 ص: **كعبدي رجلين بكذا** ش: هذا نحو عبارة ابن/ الحاجب. قال في التوضيح: يصدق على ثلاث صور إذا كان لكل منهما عبد، أو لأحدهما عبد والآخر مشترك، أو هما مشتركان بينهما على أجزاء متفاوتة مختلفة في العبدين. قال: ولا يدخل في كلامه ما إذا كانا مشتركين بينهما على السواء؛ لأنه جعل العبدين [مثالا[246]] لمجهول التفصيل، وإذا حصلت الشركة على السواء فالثمن معلوم التفصيل. اهـ. ومراده بكونهما على السواء أن لكل واحد في أحد العبدين بقدر ما له في الآخر؛ كما لو كان [لأحدهما[247]] ثلث كل واحد من العبدين وللآخر الثلثان. والله أعلم.

الحديث

....

---

[242] – في المطبوع ولا وم110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص278 ويحيى33 وسيد14.

[243] *– في المطبوع اتخاذ وما بين المعقوفين من يحيى33 وسيد14

[244] – في المطبوع فيمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص278 وم110 ويحيى33 وسيد14.

[245] – في المطبوع الافهام وما بين المعقوفين من ن عدود ص278 وم110 ويحيى33 وسيد14.

[246] – في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص279 وم110 ويحيى33 وسيد14.

[247] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص279 وم110 ويحيى33 وسيد14.

نص خليل [وَرِطْلٍ[248] ـس] مِنْ شَاةٍ وَتُرَابِ صَائِغٍ وَرَدَّهُ مُشْتَرِيهِ وَلَوْ خَلَّصَهُ وَلَهُ الأَجْرُ لاَ مَعْدِنِ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَشَاةٍ قَبْلَ سَلْخِهَا.

متن الحطاب **فرع:** فإن وقع على المشهور فسخ البيع، فإن فات ففي الموازية يمضي بالثمن مفضوضا على القيم، وفي غير الموازية أنه يمضي بالقيمة كالبيع الفاسد. التونسي: وهو أشبه. قاله في التوضيح.

فرع: فإن سميا لكل واحد ثمنا أو قوما أو دخلا على المساواة بعد التقويم جاز. قاله في التوضيح.

فرع: فإذا اشترى اثنان سلعتين على الشركة جاز، وعلى أن كل واحد يأخذ واحدة بما ينوبها قولان. قاله في الشامل والجاري على المشهور المنع.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وابن الحاجب أنه لا فرق بين أن يكون المشتري عالما بما يقدم عليه، أو يظن أنهما شريكان في العبدين، وهو ظاهر المدونة أيضا فيكون [حجة للقول[249]] بفساد البيع إذا جهل أحد المتبايعين الثمن أو المثمون. وقال في التوضيح: أشار التونسي إلى أن هذا إنما هو إذا علم المشتري بذلك، وأما إذا ظن أنهما شريكان في العبدين فإنه لا يفسخ البيع؛ لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين لا من جهتهما، وقال المازري إذا لم يعلم المشتري يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد.

ص: **ورطل من شاة** ش: هذه المسألة في آخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة، وأطلق المصنف ذلك ولم يقيد بقوله: "قبل سلخها" ليعم ذلك ما قبل السلخ وما قبل الذبح. قال في الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز بيع لحم شاة حية أو مذبوحة أو لحم بعير كسر قبل الذبح والسلخ كل رطل بكذا من حاضر ولا مسافر.

فرع: قال ابن يونس في كتاب التجارة إلى أرض الحرب: قال ابن المواز: في القوم ينزلون في بعض المنازل فيريدون شراء اللحم منهم فيمتنعون من الذبح حتى يقاطعونهم على البيع خيفة أن لا يشتروا منهم بعد الذبح؟ قال: لا ينبغي ذلك. اهـ.

280 ص: **وله الأجر** ش: هذا هو المشهور كمن اشترى شجرا بوجه شبهة فسقى وعالج، ثم/ ردت إلى ربها أو آبقا فاتفق على رده ثم فسخ ورد إلى ربه فإنه يرجع بما أنفق على المشهور، واختلف هل يرجع بالأجرة ولو زادت على قيمة الخارج أو لم يخرج شيء، أو لم تتمر، أو إنما يرجع بالأجرة ما لم يزد على الخارج ولا شيء عند عدمها قولان، اقتصر ابن يونس على الثاني. نقل ذلك في التوضيح والشامل.

ص: **وشاة قبل سلخها** ش: قال ابن يونس في كتاب التجارة إلى أرض الحرب: قال ابن المواز: قال ابن القاسم: ويجوز بيع شاة مذبوحة لم تسلخ ما لم تكن على الوزن كلها أو بعضها فلا يجوز، ولا يجوز بيع شاة مذبوحة بشاة مذبوحة وإن لم تكن على الوزن إلا أن يقدر على [تحريهما.[250]]

الحديث ....

[248] س – في المصباح أن كسر الرطل أشهر من فتحه وظاهر القاموس عكسه.

[249] – في المطبوع أيضا وما بين المعقوفين من ن عدود ص279 وم110 ويحيى33 وسيد14.

[250] – في المطبوع تحريمها وما بين المعقوفين من ن عدود ص280 ويحيى34 وسيد14 (وفي م110 تحريمهما).

نص خليل وَحِنْطَةٍ فِي سُنْبُلٍ وَتِبْنٍ إِنْ بِكَيْلٍ وَقَتٍّ جِزَافًا لاَ مَنْفوشًا وَزَيْتِ زَيْتُونٍ بِوَزْنٍ إِن لَّمْ يَخْتَلِفْ إِلاَّ أَنْ يُخَيَّرَ.

متن الحطاب قال ابن يونس: ويستثنى كل واحد جلد شاته لئلا يدخله لحم وعرض بلحم وعرض، وقال أصبغ لا يقدر على تحري ذلك ولا يجوز. وقال مثله سحنون، ولم يعجب ابن المواز قول أصبغ. اهـ. والفرق بين بيع الشاة المذبوحة وبيع رطل أو أرطال منها ما نقله في التوضيح عن البيان أن الأصل في هذا أن كل ما يدخل بالعقد في ضمان المشتري فليس من بيع اللحم المغيب كالشاة المذبوحة، وما لا يدخل في ضمانه بالعقد كالرطل فهو من بيع اللحم المغيب. اهـ. ولأنه في مسألة الرطل لا يدري على أي صفة يأخذه، وفي مسألة الشاة لما لم يقصد شيئا معينا خف الغرر.

ص: **وحنطة في سنبل أو تبن إن بكيل** ش: يعني أنه يجوز بيع الحنطة في سنبلها، سواء كان السنبل قائما لم يحصد أو حصد، ويجوز بيعها في تبنها بعد الحصاد والدراس إن كان ذلك بكيل كان يشتري منه كل قفيز بكذا، وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلا معلوما، وأما إن اشترى المجموع فيأتي الخلاف الذي في الصبرة، لكن المشهور الجواز، وقوله: "إن بكيل" أي إن كان المبيع بكيل وحذف كان مع اسمها جائز، لكن الغالب أن يكون ذلك مع التنويع نحو إن خيرا [فخير[251]] وإن شرا فشر مفهوم الشرط في قوله: "إن بكيل" أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها ولا في تبنها جزافا وهو كذلك. قال في المنتقى: [لا خلاف[252]] أنه لا يجوز أن تنفرد الحنطة في سنبلها بالشراء دون [السنبل*] على الجزاف ما دام فيه، وأما شراء السنبل إذا يبس ولم ينفعه الماء فجائز. اهـ من الكلام على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. وقاله ابن عبد السلام وغيره. والله أعلم. وهذا إذا كان العرف في القمح الكيل فلا يجوز بيعه على الوزن كما نص عليه في المدونة، قال اللخمي: ويجوز فيه الوزن بمصر؛ لأنه العادة عندهم في الدقيق يبيعونه وزنا ويعطون/ القمح للطحان وزنا. 281

ص: **وقت جزافا لا منفوشا** ش: القت جمع قتة وهي الحزمة، والمعنى أنه يجوز بيع الزرع جزافا بعد حصده إذا كان حزما، هذا هو المشهور، وقيل لا يجوز، ويفهم منه بالأحروية جواز بيع الزرع القائم؛ إذ لا خلاف فيه، وأما المنفوش والمراد به المحصود المكدس بعضه على بعض فلا يجوز بيعه، وهو الذي احترز عنه بقوله: "إن بكيل". قال في التوضيح: لا خلاف عندنا في جواز بيع الزرع القائم والأشهر في المحصود الجواز قياسا على القائم، وقيل بالمنع قياسا على ما كان منه في حال الدراس. ثم قال: وظاهر كلامه يعني ابن الحاجب الجواز أعم من أن يكون حزما أو لا، وينبغي أن يقيد بما إذا كان حزما، فقد قال في الإكمال: لا خلاف أنه لا يجوز بيعه إذا خلط في الأندر للدراس أو كدس بعضه على بعض قبل تصفيته، واختلف عندنا إذا كان حزما يأخذها الحزر. اهـ. ثم ذكر عن الباجي أنه حكى الخلاف في المنفوش أيضا، وطريقة القاضي عياض أحسن. والله أعلم.

ص: **وزيت زيتون بوزن إن لم يختلف** ش: أي صفة خروجه. قاله أبو الحسن في كتاب الإجارة، ومفهوم قوله: "بوزن" أنه لا يجوز جزافا وهو كذلك.

الحديث ....

[251] *- في المطبوع فخيرا وما بين المعقوفين من م110 ويحيى34 وسيد14.

[252] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص280 وم110 ويحيى34 وسيد14.

*- الذي في مطبوعة المنتقى، ج3 ص148، ط. دار الكتب العلمية، دون السبل وكذلك الجوزي واللوز والباقلا لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه.

نص خليل

وَدَقِيق حِنْطَةٍ وَصَاعٍ أَوْ كُلِّ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ وَإِنْ جُهِلَتْ لاَ مِنْهَا وَأُرِيدَ الْبَعْضُ وَشَاةٍ وَاسْتِثْنَاءُ أَرْبَعَةِ أَرْطَالٍ [وَلاَ يَأْخُذُ[253] س] لَحْمَ غَيْرِهَا.

متن الحطاب

ص: ودقيق حنطة ش: صورته أن يشتري منه صاعا من دقيق هذه الحنطة أو يشتري دقيق هذه الحنطة كل صاع بكذا فيجوز ذلك إذا لم يختلف خروجه. قاله في كتاب الجعل من المدونة ونبه عليه في الكبير والشامل، وأما إذا اشترى منه هذا الصاع على أن يطحنه له، فإن وفاه إياه حبا خرج من ضمانه وهو بيع وإجارة، والمشهور جواز اجتماعهما.

ص: وشاة واستثناء أربعة أرطال ش: هذه المسألة تشبه المعلوم جملة والمجهول تفصيلا لكن باعتبار الثمن، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة قبل سلخها، لكن أجاز مالك هذه على وجه الاستثناء بشرط اليسارة، وإلى هذا رجع مالك، وما ذكره من التحديد بأربعة أرطال هو الذي في أكثر روايات المدونة، وفي رواية ابن وضاح ثلاثة أرطال وعن ابن المواز جواز الخمسة والستة، وفي بعض الروايات جواز استثناء قدر الثلث، وعليه حمل أبو الحسن المدونة فقال في قولها: "وإن استثنى من لحمها أرطالا يسيرة ثلاثة أو أربعة جاز". الشيخ: يعني أو خمسة أو ستة أو أكثر ما لم يبلغ الثلث يدل عليه قوله بعد: ولم يبلغ به مالك الثلث. اهـ. ثم قال في قولها: ثم رجع فقال لا بأس به في الأرطال اليسيرة مثل الثلث فأدنى. عياض: كذا هي/ بضم الثاء الأولى في روايتنا وفي كثير من النسخ، وهو ظاهر مراده لقوله: أو دون ذلك وقاله أشهب، وعند ابن وضاح مكان الثلث الثلاثة. اهـ. وظاهر كلام المصنف أن هذا خاص بالشاة ولم يبين مقدار ما يستثنى من البقرة والناقة، ولما ذكر ابن عرفة الخلاف في الشاة قال: واستحسن بعض المتأخرين اعتبار قدر صغر المبيع وكبره كالشاة والبقرة والبعير. اهـ.

282

قلت: أما على ما حمل عليه أبو الحسن المدونة فلا شك أن ثلث كل بحسبه، وينبغي أن يعتبر ذلك على غيره من الأقوال.

فرع: قال في المدونة: ولا يجوز أن يستثنى الفخذ أو البطن أو الكبد. قال ابن عرفة: قال اللخمي: هذا على منع استثناء الأرطال اليسيرة، وعلى الجواز يجوز، وتبعه المازري، ونقله عياض ولم يتعقبه. قال ابن عرفة: ويرد بأن الغرر في معين أشد منه في شائع لجواز اختصاص المعين بصفة كمال أو نقص دون الشائع، لكن في الكافي رواية بالجواز، وعبر عن رواية المنع بالكراهة. اهـ.

قلت: ما ذكره عن اللخمي والمازري وعياض.قاله ابن يونس. وما رد به ابن عرفة عليهم ظاهر، ومذهب المدونة المنع فلا يجوز استثناء عضو معين من الحيوان. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: ولا بأس باستثناء الصوف والشعر. قال ابن يونس: لا خلاف أنه جائز. قال أبو الحسن: قال اللخمي إذا كان يجز إلى يومين أو ثلاثة، وانظر إذا اختلف البائع والمشتري في الموضع الذي يأخذ منه الأرطال المستثناة من الشاة، والظاهر أنه يجري على السلم.

ص: ولا يأخذ لحم غيرها ش: يعني إذا اصطلحا على أن يعطي المشتري للبائع لحما عوضا عن الأرطال المستثناة لم يجز ذلك، هكذا ذكر ابن يونس عن ابن المواز عن أشهب. قال ابن عرفة: لأنه

الحديث

....

[253] س – ولا يأخذ نفي أو نهي قاله الفيشي.

نص خليل وَصُبْرَةٍ وَثَمْرَةٍ وَاسْتِثْنَاءُ قَدْرِ ثلثٍ.

متن الحطاب بيع لحم بحيوان، وقال ابن الحاجب: ولا يأخذ منه لحما على الأصح، وأنكر ابن عرفة عليه مقابل الأصح فقال: ومقابل الأصح [في[254]] قول ابن الحاجب: "ولا يأخذ منه لحما [على الأصح"[255]] لا أعرفه، وتقريره ابن عبد السلام برواية مطرف لا يتم [لأنها[256]] في المرض لا مطلقا وصحته كفوته.

قلت: يشير إلى ما رواه مطرف عن مالك فيمن اشترى جزورا مريضة واستثنى البائع من لحمها أرطالا يسيرة فتركها حتى صحت أنه لا يجبر على ذبحها، ويعطيه مثل اللحم الذي استثنى. قال ابن عرفة: واعتذر المازري بأن صحته كفوته، ونقل في التوضيح هذه الرواية، وزاد أنه إذا ماتت فهو ضامن لما استثنى عليه منها، وإن صحت فعليه شراء ما استثنى عليه أو قيمته ولا يجبر على الذبح؛ لأنه كان ضامنا لما استثنى عليه.

فرع: اختلف هل للبائع أن يبيع ما استثناه بغير اللحم أو بلحم غير ذوات الأربع؟ حكى في التوضيح فيه قولين بناهما على أن المستثنى مبقى أو مشترى، ونقلهما في الكبير، وحكاهما ابن عبد السلام إجراء على القولين فيمن باع صبرة واستثنى منها كيلا فهل يجوز له بيع ما استثناه بناء على أن [المستثنى[257]] مبقى، أو لا يجوز له بيعه بناء على أنه مشترى فيدخله بيع الطعام قبل قبضه؟.

قلت: وفي إجراء القولين في مسألة الشاة نظر؛ لأنا وإن قلنا إن المستثنى مبقى فلا يجوز له هنا بيع الأرطال؛ لأنه تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة فالصواب المنع هنا، وبهذا يظهر لك وجه منع أخذ لحم غيرها. فتأمله. والله أعلم.

283 ص: وصبرة وثمرة واستثناء قدر ثلث ش: ذكر القدر/ يدل على أنه أراد كيلا قدر الثلث، لا الجزء كما قاله ابن غازي، والأصل في استثناء كيل من الثمرة أو الصبرة المنع، أما الثمرة فلأنه لا يجوز للشخص أن يبيع ثمرة حائطه آصعا معلومة إلا إذا كان المشتري يأخذه على حاله إن بسرا فبسر وإن رطبا فرطب، وأما إن شرط بقاءه إلى أن تتغير صفته فلا يجوز. قاله في كتاب التجارة إلى أرض الحرب. ولا يجوز أن يبيع من ثمر قد أزهى آصعا معلومة دون الثلث أو أكثر يدفعها ثمرا. اهـ. وستأتي المسألة في باب السلم إن شاء الله، وأما الصبرة فلأن الجزاف إنما جاز بيعه لدفع مشقة الكيل عن البائع، فإذا استثنى كيلا فلا بد من الكيل فلم يقصد بالجزاف إلا المخاطرة، وأكثر الفقهاء على منع استثناء الكيل قليلا كان أو كثيرا من الصبرة والثمرة، وأجازه مالك وفقهاء المدينة فيما كان قدر الثلث فأقل ومنعوه فيما زاد لكثرة الغرر. والله أعلم.

فرع: ومثل استثناء قدر الثلث إذا باع كيلا من صبرة قدر ثلثها فأقل ثم أراد أن يبيع باقيها قبل أن يكيل منها ما باعه. نقله ابن عرفة من سماع عيسى.

الحديث ....

---

[254] – ساقطة من المطبوع وم111 ويحيى35 وسيد15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص282.

[255] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص282 وم111 ويحيى35 وسيد15.

[256] – في م111 وسيد15 لأنه.

[257] – في المطبوع المشتري وما بين المعقوفين من ن عدود ص282 وم111 ويحيى35 وسيد15.

نص خليل

وَجِلْدٍ وَسَاقِطٍ بِسَفَرٍ فَقَطْ [وَجُزْءٍ[258] ـس] مُطْلَقًا وَتَوَلاَّهُ الْمُشْتَرِي.

متن الحطاب

فرع: وعلى الجواز في الثمرة فقال أشهب يجوز كان ذلك رطبا أو بسرا أو تمرا. قال في التوضيح: وهو ظاهر على أن المستثنى مبقى، وفيه نظر على أنه مشترى.

قلت: أكثر هذه الفروع مبني على أن المستثنى مبقي فدل ذلك على أنه الراجح من القولين، ووجهه ظاهر، وفي جعل المستثنى مشترى نظر، ونقل الباجي هذا الفرع عن أصبغ على أنه المذهب، وعلله بأنه مبقى، ولم يحك خلافه.

فرع: فإن كانت الثمرة أنواعا واستثني من نوع منها أكثر من ثلثه وهو دون ثلث الجميع فاختلف فيه بالإجازة والمنع، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع، وقال في الشامل إنه الأصح.

فرع: فإن باع الثمرة أو الصبرة ولم يستثن منها شيئا ثم أراد بعد ذلك أن يشتري منها شيئا لم يجز له أن يشتري إلا قدر ما كان له أن يستثنيه. قاله في الموطأ في الصبرة والثمرة كالصبرة، وظاهر الموطأ أنه لا يجوز مطلقا، ونقل ابن عرفة عن ابن يونس عن محمد أنه إذا كان ذلك قبل أن يقبض الثمن لم يجز أن يشتري إلا الثلث فأقل، فإن كان بعد قبض الثمن كله وتفرقهما فإنه يجوز مطلقا كالأجنبي إلا أن يكونا من أهل العينة، [وهذا هو الظاهر،[259]] وهو في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من ابن يونس.

تنبيه: إذا اشترى من الثمرة بعد أن باعها آصعا معلومة فلا يجوز أن يشترط بقاءها إلى أن تتغير صفتها.

فرع: فإن هلكت الصبرة المستثنى منها كيلا فليس على المشتري منها ضمان ما استثناه البائع، ولو سلم منها قدر ما استثناه البائع كان له، وإن سلم أكثر مما استثناه أخذ منه البائع ما استثناه وكان الباقي للمشتري، وسيأتي في فصل الجوائح بيان حكم ما إذا أجيحت الثمرة المستثنى منها كيلا.

ص: **وجلد وساقط** ش: الساقط هو الرأس والأكارع فقط، ولا يدخل في ذلك الكرش والفؤاد كما تقدم عن المدونة أنه لا يجوز أن يستثنى البطن أو الكبد، وإنما نبهت على ذلك لدخول هذه الأشياء في السقط في العرف، بل هي المتبادر خصوصا، وقد استدل ابن يونس للمدونة بأن النبي صلى الله عليه وسلم وأبا بكر اشتريا شاة في مسيرهما إلى المدينة من راع وشرطا له سلبها، والسلب في اللغة يطلق على ذلك كما قاله في القاموس.

ص: **بسفر فقط** ش: وأما في الحضر فلا يجوز كما نقله المازري عن المذهب، وفي المدونة كراهة ذلك. قال في التوضيح: وبذلك فسرها أبو الحسن، واحتج بقول ابن حبيب خفف مالك ذلك في السفر، وكرهه في الحضر؛ إذ ليس له هناك قيمة، ولا يفسخ إن نزل. اهـ. وظاهر كلامه في التوضيح أنه يفسخ على المشهور، وجعل ابن يونس الخلاف إنما هو في الجلد. قال: وأما استثناء الرأس والأكارع فلا [يكره[260]] في سفر ولا حضر كمن باع شاة مقطوعة الأطراف قبل السلخ، وجعله ابن عرفة خلافا للمدونة وكذا صاحب الشامل

284

ص: **وجزء مطلقا** ش: نصفا كان أو ثلثا أو ربعا/ أو غير ذلك من الأجزاء، قليلا كان أو كثيرا، في حضر أو سفر من الشاة والثمرة والصبرة.

الحديث

....

---

[258] س – ضم جيم الجزء أفصح من فتحها كما يوخذ من القاموس والمصباح.

[259] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص283 وم111 ويحيى35 وسيد15.

[260] *– في المطبوع وم112 وسيد15 تكره وما بين المعقوفين من يحيى35.

نص خليل وَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى الذَّبْحِ فِيهِمَا بِخِلَافِ الأَرْطَالِ وَخُيِّرَ فِي دَفْعِ رَأسٍ.

متن الحطاب ص: ولم يجبر على الذبح فيهما ش: أي في مسألة استثناء الجلد والساقط وفي مسألة استثناء الجزء، أما مسألة استثناء الجلد والرأس فالقول قول المشتري [دعا[261]] إلى الذبح أو إلى البقاء، وله أن يذبح ويدفع الجلد والرأس وإن رضي البائع بأخذ المثل، وله أن يعطيه المثل أو القيمة ولا يذبح وإن كره البائع. قاله اللخمي وعياض وغيرهما، وأما في مسألة استثناء الجزء فنقل ابن يونس عن عيسى بن دينار أنه لا يجبر على الذبح، سواء اشتراها على الذبح أو الحياة. قال: وقال بعض القرويين من امتنع منهما من الذبح لم يجبر عليه وإن اشترى ذلك على الذبح، وتوقف بعض شيوخنا هل يجبر على الذبح إذا اشترى عليه؟ وفيه نظر. قال ابن يونس: والصواب أن لا يجبر على الذبح؛ لأنهما صارا شريكين فمن دعا منهما إلى البيع فذلك له، وقال ابن الحاجب: ولو استثنى جزأ جاز ولو كان على الذبح وفي جبر من أباه حينئذ قولان.

قال في التوضيح: قوله حينئذ أي حين باع على الذبح. قال ابن عرفة: ونقل ابن الحاجب الجبر على الذبح بدل الوقف وقبوله. ابن عبد السلام: لا أعرفه. وقال اللخمي: وإن اختلفا في ذبحها كان القول قول من دعا إلى الذبح.

فرع: أجرة الذبح في مسألة الجلد والساقط فيها قولان؛ قيل عليهما جميعا على قدر قيمة الجلد واللحم وهو اختيار ابن يونس، وقيل على المشتري. قال ابن محرز: وهو الصواب؛ لأنه غير مجبور على الذبح بخلاف استثناء الأرطال فإنه مجبور على الذبح، ونقل القولين ابن عرفة والرجراجي، ونص الرجراجي: وفي مسألة الجلد والساقط في أجرة الذبح على من تكون منهما قولان؛ أحدهما أنها عليهما جميعا، والثاني على المشتري. اهـ . ونص ابن عرفة: قال الصقلي: أراه بينهما على قدر قيمة اللحم والجلد، وحكاه ابن محرز غير معزو، وزاد وقيل لا شيء عليه، وهو الصواب؛ لأن المبتاع غير مجبور على الذبح، بخلاف استثناء الأرطال لأنه مجبور عليه. المازري: إن قلت المستثنى مبقى فعلى البائع [السلخ[262]] ليتمكن المبتاع من أخذ المبيع كبائع عمود عليه بناء أو جفن سيف عليه حلية، وإن قلنا مشترى فيختلف على من تكون إزالة الجلد كبائع صوف على ظهور الغنم أو ثمر في شجر، وأشار بعضهم إلى أن الأجرة بينهما بقدر قيمة الجلد وقيمة الشاة.

وقد اختلف المذهب في الأجر على عمل واحد في مال بين شركاء على التفاوت هل الأجرة عليهما بالسوية أو بقدر الأموال؟ انتهى. وفي الشامل تقديم القول بأن الذبح على المبتاع، [ويفهم[263]] من هذا أن الأجرة في مسألة الأرطال عليهما بقدر قيمة ما لكل واحد منهما، وأما مسألة استثناء الجزء فلا إشكال أن أجرة الذبح إذا رضيا عليهما جميعا بقدر ما لكل واحد. صرح بذلك الرجراجي فقال: وأجرة الذبح عليهما.

ص: أو قيمتها ش: أنث الرأس وهو مذكر، وقد تقدم مثل ذلك في الحج.

الحديث ....

---

261 *- في المطبوع وسيد دعى وما بين المعقوفين من م112 ويحيى35.

262 - في المطبوع السلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص284 وم112 ويحيى36 وسيد15.

263 - في المطبوع يفهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص284 وم112 ويحيى36 وسيد15.

نص خليل

أَوْ قِيمَتِهَا وَهْيَ أَعْدَلُ وَهَلِ التَّخْيِيرُ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْمُشْتَرِي قَوْلاَنِ وَلَوْ مَاتَ مَا اسْتُثْنِيَ مِنْهُ مُعَيَّنٌ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي جِلْدًا وَسَاقِطًا لاَ لَحْمًا [وَجِزَافٍ[264] س] إنْ [رِيءَ[265] س].

متن الحطاب

ص: وهل التخيير للبائع أو المشتري قولان ش: قال الرجراجي: والقولان تؤولا على المدونة، والقول بأنه للمشتري أسعد بظاهرها. وقال ابن عرفة: وصوبه ابن محرز وهو ظاهرها. والله أعلم.

ص: ضمن المشتري جلدا وساقطا ش: لأنه لا يجبر على الذبح، وله أن يدفع غيرهما فكأنهما صارا مضمونين عليه بخلاف الأرطال /

285

ص: وجزاف ش: لما ذكر أن من شرط المبيع أن يكون معلوما خشي أن يتوهم منع بيع الجزاف فنبه على أن حكمه الجواز بشروط، والمعنى وجاز بيع الجزاف بشروطه الآتية، والجزاف بكسر الجيم كما قال الجوهري وغير واحد من الأئمة، وحصل النووي فيه ثلاث لغات الكسر والفتح والضم، وقال الجوهري: هو فارسي معرب. وقال في المحكم: الجزاف بيع الشيء واشتراؤه بلا كيل ولا وزن وهو يرجع إلى المساهلة وهو دخيل. وقال في المسائل الملقوطة: الجزاف مثلث الجيم فارسي معرب وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد. انتهى. وحد ابن عرفة بيع الجزاف بأنه: بيع ما يمكن علم قدره دون أن يعلم، والأصل منعه، وخفف فيما شق علمه [أو قل[266]] جهله.

ص: إن ريء ش: مرادهم بالمرئي الحاضر لقول المصنف وغيره في شروط الجزاف أحدها أن يكون مرئيا فلا يجوز بيع غائب جزافا، ونص كلامه في التوضيح: ذكر علماؤنا لبيع الجزاف شروطا؛ أحدها أن يكون مرئيا فلا يجوز بيع غائب جزافا إذ لا يمكن حزره. انتهى. ويلزم من ذلك رؤيته أو رؤية بعضه؛ لأن الشيء إنما يباع على رؤية أو على صفة والحاضر لا يكتفى فيه بالصفة على المشهور كما سيأتي؛ إلا لعسر الرؤية فيجوز بيع الظروف المملوءة بالسمن والعسل ونحو ذلك إذا ريء بعض ذلك. قال في الجواهر: ويستوي في صحة بيع المشتري جزافا كونه ملقى في الأرض أو في ظروفه فيجوز شراء ما في الظروف جزافا وإن لم يعلم مبلغه إلا بالحدس والتخمين.

قال محمد: ولا يجوز شراء ملء الظرف الفارغ وإن عين ما يملأ منه أو وصفه ولا يجوز شراء ملء الغرارة الفارغة من قمح أو غيره، مشاهدا كان أو موصوفا أو ملء قارورة من زيت أو غيره، مشاهدا كان أو موصوفا، بل لو اشترى ما في الظرف ففرغه لم يصح أن يشتري ملأه دفعة أخرى، وإنما يصح أن يشتري منه ما في الظرف بعد أن [يملأها[267]]، ووجه هذا أن المقصود [تعين[268]] المعقود عليه، فإذا كان الظرف مملوا صار المبيع جزافا مرئيا فالقصد العقد على مرئي [بحدس[269]] مبلغه، وإن كان الظرف فارغا فالمبيع غير مرئي، والقصد العقد على مكيل بمكيال غير معلوم النسبة من المكيال المعلوم. انتهى. فظاهر هذا أو

الحديث ....

---

264 س – كسر جيم الجزاف أرجح ثم ضمها كما يتحصل من كتب اللغة والحديث.

265 س – قوله وجزاف إن ريء صرح غير واحد بأنه مجرور وذكر الفيشي أنه يجوز فيه الرفع وربما يوافقه تقرير بعضهم وقوله رأينا وذكر الفيشي أن في بعض النسخ رؤى ونحوه في عليش.

266 – في المطبوع وقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص285 وم112 ويحيى36 وسيد15.

267 •– علق عليها الشيخ محمد سالم بـ : " هكذا في النسخ وكأنه على تأويل الظرف بالغرارة" وفي الجواهر، ج2 ص343 بعد أن يملأه.

268 •– في يحيى36 وسيد15 تعيين.

269 •– في المطبوع محرز وما بين المعقوفين من م112 ويحيى36 وسيد15 وفي الجواهر، ج2 ص343 يحدس .

نص خليل ....

متن الحطاب صريحه أنهم إنما احترزوا بالمرئي من الغائب ولم يحترزوا به من غير المرئي بالعين ولو كان حاضرا في ظرفه وهو كذلك، فقد أجازوا بيع الجرة من الخل مختومة. قال الجزولي: إذا أزيل ما تسد به فإن كان في فتح الظروف مشقة وفساد فيجوز بيعه دون فتح كما سيأتي في مسألة سماع أصبغ من جامع البيوع في بيع جرار الخل، وإنما قالوا إذا كان في فتحها فساد لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة،
286 والصفة لا يباع عليها الشيء/ الحاضر على الأشهر إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر، والجزاف لا يكون إلا حاضرا فلا يصح بيعه إلا برؤية إلا أن يكون في الرؤية مشقة فيباع على الصفة، فإذا جعل قولهم شرطه أن يكون مرئيا في مقابلة الغائب لم يكن فيه إشكال ولم يحتج إلى تقييد إلا أن فيه بعض تجوز، وإذا جعل قولهم مرئي في مقابلة غير المرئي بالبصر احتاج إلى التقييد بأن لا يكون في رؤيته مشقة.

وفي كلام ابن عرفة إشارة إلى ما ذكرت من أن اشتراط المرئي إنما هو في مقابلة الغائب، فإنه بحث في اشتراط الرؤية في بيع الجزاف مع قول مالك في ثمر الحوائط الغائبة على خمسة أيام تباع كيلا أو جزافا فلا يجوز شرط النقد، وإن بعدت جدا لم يجز شراؤها رطبا فقط إلا أن تكون تمرا يابسا، ونصه: شرط رؤية الجزاف مع قبول غير واحد قول مالك فيها، وكذلك حوائط الثمر الغائبة يباع ثمرها كيلا أو جزافا وهي على مسير خمسة أيام لا يجوز النقد فيها بشرط وإن بعدت جدا كافريقية من مصر لم يجز شراء ثمرها فقط؛ لأنها تجذ قبل الوصول إليها إلا أن يكون تمرا يابسا متناف لاقتضائه جواز بيعها غائبة جزافا، وفي كون الصفة تقوم مقام العيان في [الحزر[270]] نظر. انتهى. فقوله: "شرط" مبتدأ، وقوله: "متناف" خبره. ومسألة المدونة هذه في كتاب الغرر من المدونة ومسألة جرار الخل المتقدم ذكرها هي المسألة الثالثة من سماع أصبغ بن الفرج من كتاب البيوع، ونقلها ابن عرفة، ونصها من البيان:

مسألة قال أصبغ قلت لابن القاسم في قلل الخل أيجوز شراؤها بحالها مطينة ولا يدرى ما فيها ولا ملؤها؟ فقال: إن كان [قد[271]] مضى عليه عمل الناس فلا أحرمه كأنه لا يرى بذلك بأسا. قال أصبغ: فلا بأس به قد جرى عليه وعرف حزره بقدر ظروفه وهو يدور على قدر واحد في الملء والجر متقارب فلا بأس وإن لم [يدق*[272]] ويعرف جودته من رداءته؛ لأن الاشتراء إنما يقع على الخل الطيب، فإن وجد خلافه برداءة مغيبة عنهما رده، كما لا يدرى لعله خمر أو بعضه وفتحه كله فساد فلا بأس باشترائه كذلك، أو اشترائه على عين أوله يفتح الواحد منه ويذوقه ليشتري عليه وعلى هذا صوبه. قال ابن رشد: إنما جاز شراؤها دون أن [تفتح[273]] وتذاق للعلة التي ذكر من أن فتحها للبيع فساد فجاز شراؤها دون أن تفتح على الصفة من خل طيب أو وسط، كما جاز شراء الثوب الرفيع الذي يفسده الفتح والنشر على

يزقه

الحديث ....

270 – في المطبوع الجذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص286 وم112 وسيد15 ويحيى36.

271 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص286 وم113 ويحيى36 وسيد15.

272 – في المطبوع يدق وما بين المعقوفين من ن عدود ص286 والذي في البيان والتحصيل ج8 ص10 يذقه

273* – في المطبوع يفتح وما بين المعقوفين من م113 ويحيى37 وسيد15 وهو الذي في البيان ج8 ص11

نص خليل وَلَمْ يَكْثُرْ جِدًّا وَجَهِلاَهُ وَحَزَرَا وَاسْتَوَتْ أَرْضُهُ وَلَمْ يُعَدَّ بِلاَ مَشَقَّةٍ.

متن الحطاب الصفة دون أن يفتح وينشر ويقلب، وكما جاز بيع الأحمال على صفة البرنامج لما في حل الأحمال للسوام من الضرر بأصحاب الأمتاع، وقوله: "لا يدرى ما ملؤها" معناه ولا يدرى مقدار ما فيها من الخل؛ لأنه لا يدري هل هي ملأى أو ناقصة؛ لأنه إذا كانت القلة ناقصة غير ملأى فلا اختلاف أنه لا يجوز أن تشتري مطينة على ما هي عليه من نقصانها؛ لأن ذلك من الغرر؛ إذ لا يجوز بيع الجزاف إلا بعد الإحاطة برؤيته. وبالله التوفيق. يفهم من قوله: "على ما هي عليه من نقصانها" أنه لو بين كم نقصها نصف أو ثلث جاز، ونقل ابن عرفة هذه المسألة ولكنه اختصرها فأسقط منها بعض ما هو محتاج إليه. والله أعلم. وسيأتي عند قول المصنف: "ولو ثانيا بعد تفريغه" حكم بيع الزيت والسمن في ظروفه على أن الظروف داخلة في البيع والوزن، أو على الوزن ويسقط للظروف وزنا يتراضى البائع والمشتري عليه.

ص: **ولم يكثر جدا** ش: فإن قل جدا فسيأتي التفريق فيه بين المعدود وغيره.

ص: **وجهلاه** ش: قال ابن عرفة عن ابن حبيب: من علم كيل طعامه ثم كال منه قدرا لم يبع باقيه؛ يعني جزافا إن عرفه على التقدير، وإن جهله لكثرة ما كال منه جاز. انتهى.

ص: **وحزرا** ش: قال اللخمي: بيع الجزاف يصح ممن اعتاد ذلك؛ لأن الحزر لا يخطيء ممن اعتاد ذلك إلا يسيرا، وإذا كان قوم لم يعتادوا ذلك [أو اعتاده[274]] أحدهما لم يجز ذلك؛ لأن الغرر يعظم ويدخل في النهي عن بيع الغرر. اهـ. قال ابن عرفة: وتبعه المازري. انتهى. فيفهم من كلام اللخمي/ أنه إذا كان المتبايعان أو أحدهما غير عالم بالحزر لم يصح البيع.

287

ص: **واستوت أرضه** ش: قال في الجواهر: إذا اشترى الصبرة وتحتها دكة تمنعه تخمين القدر فإن تبايعا على ذلك لم يصح البيع [للغرر[275]]، وإن اشترى فظهرت ثبت [له[276]]الخيار. قال ابن عرفة: والحفرة كذلك والخيار هنا للبائع.

ص: **ولم يعد بلا مشقة** ش: بأن يكون قليلا كما [قال[277]] في الرسالة: ولا يجوز شراء الرقيق والثياب جزافا ولا ما يمكن [عده[278]] بلا مشقة جزافا، وأما المكيل والموزون فيجوز بيعهما جزافا ولو أمكن كيلهما. قال في الرسالة: ولا بأس بشراء الجزاف فيما يوزن أو يكال. قال ابن ناجي: ظاهره وإن قل الطعام وحضر المكيال أن الجزاف جائز، وهو كذلك نص عليه ابن حارث. اهـ. وقال ابن عرفة: ابن حارث يجوز في الطعام ولو قل وحضر مكيال. ثم قال ابن عرفة: المازري: وفي المعدود اضطراب في الموطإ لا يجوز جزاف فيما يعد عدا قيده حذاق المتأخرين بالمعدود المقصود صفة آحاده كالرقيق والأنعام وما تساوت آحاده جاز جزاف كثيره لمشقة عدده دون يسيره. اهـ. ثم قيدوا المنع فيما تقصد آحاده بأن لا يقل ثمنه كالبطيخ والفقوس والرمان كذا نقل القباب عن المازري.

تنبيه: والفرق بين المعدود وغيره أن آلة الكيل والوزن قد يتعذران، بخلاف العد فإنه لا يتعذر.

الحديث ....

---

274 *- في المطبوع واعتاده وما بين المعقوفين من م113 ويحيى37.

275 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الجواهر، ج2 ص343.

276 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الجواهر، ج2 ص343 .

277 – في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ مجمد سالم وهو الذي في م 113 ويحيى 37 .

278 – في المطبوع عدده وم113 ويحيى36 وسيد16 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص287.

نص خليل وَلَمْ تُقْصَدْ أَفْرَادُهُ إلاَّ أَنْ يَقِلَّ ثَمَنُهُ لاَ غَيْر مَرْئِيٍ وَإن مِلْءَ ظَرْفٍ وَلَوْ ثَانِيًا بَعْدَ تَفْرِيغِهِ.

متن الحطاب ص: **ولم تقصد أفراده** ش: هذا كالمستثنى من مفهوم الشرط الذي قبله؛ أعني قوله ولم يعد بلا مشقة أي فإن كان لا يعد إلا بمشقة جاز بيعه جزافا إلا أن تقصد أفراده فلا بد من عده، ثم استثنى من هذا المستثنى ما قل ثمنه فإنه يجوز وإن قصدت آحاده كما تقدم إذا كان في عده مشقة، فقوله: "إلا أن يقل ثمنه" راجع لما يليه فقط أعني قوله: "ولم تقصد أفراده".

ص: **ولو ثانيا بعد تفريغه** ش: كذا في النسخ التي رأيتها بلو، ولعل الخلاف الذي أشار بها إليه هو قول ابن يونس بعد مسألة سلة التين، وكذلك عندي هذه القارورة المملوءة بدرهم وملئها ثانية بدرهم وهو خفيف لأنه كالمرئي المقدر ولو قاله قائل في الغرارة ما بعد. انتهى. وقول المازري، وقد يهجس في النفس أنه لا فرق بين ما أجازوه وما منعوه؛ إذ لا يختلف حزر الحازر لزيت في قارورة أو لقدر ملئها زيتا.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: سئل عز الدين عمن يبيع سلعة بظروفها فتوزن السلعة مع الظروف، ثم يسقط للظروف وزنا يتراضى البائع والمشتري عليه إلا أنه يعرف أن وزن الظرف دون ذلك القدر، وكان البائع يسامح المشتري بالزائد فهل يصح هذا البيع أم لا؟ فأجاب: بأن شراء ما في الظرف إذا رآه المتعاقدان أو رأيا أنموذجه، وكان الظرف متناسب الأجزاء في الرقة والثخانة جائز، وإذا لم يشترط المسامحة بما بين الوزنين بل يقع ذلك بحكم البيوع فلا بأس به، واجتنابه أولى.

قلت: ومثله اليوم يقع في بلادنا في بيع الزيت وقطع الجرة بوزن معلوم بحسب كبرها وصغرها أو بيع الودك وقطع ظرفه أو بيع التين وقطع ظرفه بوزن معلوم أو بيع الطفل وغيره مما يفتقر للظرف وقطع وزنه بشيء معلوم أو بيع الزبد في البلاد المشرقية وطرح وزن [القرن[279]] وبعض/ ما يعرض له من [التمحيق[280]] فيجعلون لذلك وزنا معلوما، وكذا إذا باعوا اللك قبل التصفية ونحوه من العطريات ويطرحون لما فيه من الدغل وزنا معلوما لكل رطل أو قنطار فإن هذا وشبهه جائز إذا شهدت العادة أنه لا يختل إلا يسيرا في وزنه [لأنه[281]] من الغرر اليسير المضاف إلى البيوع فإنه مغتفر. اللخمي: وأجاز مالك في كتاب محمد بيع الزيت والسمن في الزقاق على أن الزقاق داخلة في البيع والوزن قال لأن الناس قد عرفوا وزنها، وقال في القلال: لو أعلم أنها في التقارب مثل الزقاق ما رأيت بأسا. قال الشيخ: أمر القلال واحد والزقاق تختلف، فزق الفحل أكثف وأوزن، والخصي دونه وهو أكثف من زق الأنثى.

288

قلت: ومنهم من عكس. والصواب في هذا ما أشار إليه عز الدين أن ينظر إلى غلظ الزق ورقته فيرجع الحكم فيه إلى خلاف في شهادة. اهـ. وقال أيضا في آخر مسائل البيوع: سئل عز الدين عمن يشتري الزيت في ظروفه ويزن الظرف مع الزيت ويسقط للظرف وزنا يتفق عليه البائع والمشتري، وقد يكون في الغالب أقل من وزن الظرف أو أوزن والبائع يسامح المشتري فيما يزيد على تحقيق وزنه هل يجوز ذلك أم لا؟ وإذا اشترى الظرف بما فيه قائما جزافا ولا يعلم وزن الظرف ولا ما فيه فهل يصح أو لا؟

الحديث ....

---

279 – في المطبوع القرب وما بين المعقوفين من م113 ونوازل البرزلي، ج3 ص187.

280 – في المطبوع التجفيف وما بين المعقوفين من م113 ونوازل البرزلي، ج3 ص187.

281 – في المطبوع بأنه وما بين المعقوفين من سيد16 ونوازل البرزلي، ج3 ص187.

نص خليل إلاَّ فِي كَسَلَّةِ تِينٍ وَعَصَافِيرَ حَيَّةٍ بِقَفَصٍ.

متن الحطاب الجواب: إذا كان الظرف متناسبا ورأى الزيت من أعلاه ورأى أنموذجه وعقد البيع بالثمن الذي اتفقا عليه بعد إسقاط ما يقابل الظرف صح البيع وإن لم يعلم وزن الظرف.

قلت: سألت عنه شيخنا الإمام وقلت إن العادة الجارية في بيع العسل والزيت [والسمن[282]] أن يقطعوه بوزن معلوم؟ فأجاب: إن كانا عالمين جاز، وإلا فلا يجوز إلا أن يتحقق أنها مثل القطع أو أقل فيجوز، وتكون تلك الزيادة للبائع، وأما بيعه بظروفه على الوزن فذكر اللخمي فيه خلافا، سواء كانت من فخار أو زق، وكان شيخنا الإمام يقول هذه المسائل هي كبيع الجزاف؛ لأن الباقي بعد القطع لا يتحقق وزنه، وإليه أشار عز الدين في كلامه من معرفة جرم الظرف. اهـ.

وقال ابن رشد في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب المرابحة: ولو اشترى السمن والزيت وظروفه معه في الوزن جاز ذلك في الزقاق ولم يجز في الجرار؛ لأنها تختلف في الرقة والثخانة اختلافا متباينا. قاله في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب البيوع، وما ذكره اللخمي عن كتاب محمد نحوه في رسم باع المتقدم ذكره ونقله أبو الحسن في شرح كتاب الغرر من المدونة وابن يونس، وقال أبو إسحاق التونسي: وبيع السمن في ظروفه على الوزن جائز وإن بقي تعبير الظروف، ويجوز لمشتريه بيعه؛ لأن ضمانه منه، وإنما بقي اختبار [الظروف[283]] فقط وهو كالمقبوض، ولو باعه على أن الظروف داخلة في البيع على الوزن مثل أن يقول القنطار منه بظروفه بمائة درهم جاز ذلك لمعرفة الناس بتقدير الظروف، ويكره هذا في الفخار [لاختلاف أمر الفخار[284]] في الرقة والثخانة وتقارب أمر الظروف. اهـ.

قلت: ومثله اليوم بمكة بيع ماء الورد في الصفاري على أنها داخلة في الوزن والبيع كل من[285] بظرفه بكذا وكذا، فإن كان التفاوت بينهما كثيرا لم يجز، وإن كان متقاربا جاز. والله أعلم.

ص: إلا في كسلة تين ش: وفرق بين السلة في التين والعنب ونحوه وبين الغرارة من القمح ونحوه بأن القمح له مكاييل معروفة كالأردب والقفيز، وأما التين والعنب فلا مكيال له، ولكن كثرة تقدير الناس له بالسلال تجري مجرى المكيال فصارت كالمكيال لذلك، وعلى هذا فشراء قربة ماء أو راوية أو جرة مما جرى العرف ببيع الماء به أحرى لكونه لا كيل له إلا ذلك، وقد صرح ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى من جامع البيوع [بأن[286]] بيع حمل الماء ونحوه من باب بيع الجزاف، وسيأتي كلامه في ذلك، وحكم ما إذا انشق الحمل بعد شرائه في فصل الخيار عند قول المصنف:

289 "واستمر بمعياره" وانظر هل/ يحتاج عند [اشتراء[287]] الماء إلى فتحه أم لا؟ الظاهر أنها إن كانت المياه مختلفة فيتعين فتحه، وإلا فلا.

تنبيه: علم من قولهم لا يجوز بيع ملء ظرف أنه لا يجوز التبايع بمكيال مجهول حيث يكون

الحديث ....

[282] – في المطبوع والتمر ويحيى38 وما بين المعقوفين من ن عدود ص288 (وفي م113 وسيد16 والتمر).

[283] – في المطبوع الظرف وم114 وسيد16 وما بين المعقوفين من ن عدود ص288 ويحيى38.

[284] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص288 ويحيى38 وسيد16

[285] *– في م114 كل بظرفه.

[286] – في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص288 وم114 ويحيى38 وسيد16.

[287] – في المطبوع اشراء وما بين المعقوفين من ن عدود ص289 وم114 ويحيى38 وسيد16.

نص خليل وَحَمَامِ بُرْجٍ وَثِيَابٍ وَنَقْدٍ إِنْ سُكَّ وَالتَّعَامُلُ بِالْعَدَدِ وَإِلاَّ جَازَ فَإِنْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا بِعِلْمِ الآخَرِ بِقَدْرِهِ خُيِّرَ وَإِنْ أَعْلَمَهُ أَوَّلاً فَسَدَ كَالْمُغَنِّيَةِ.

متن الحطاب مكيال معلوم. قال ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى. من جامع البيوع: ولا يجوز الشراء بمكيال مجهول إلا في موضع ليس فيه مكيال معلوم على ما قاله في المدونة ودل عليه قوله في هذه الرواية. اهـ. وقال في التوضيح: واختلف أصحابنا إذا وقع التبايع بمكيال مجهول فقال أشهب لا يفسخ، وجعله بمنزلة الجزاف، ورأى غيره أنه يفسخ؛ لأن العدول عن المعتاد من المكيال إلى المجهول غرر، حكى في الشامل القولين من غير ترجيح، والظاهر هو القول الثاني بالفسخ، وهو الذي يفهم من كلامهم في مسألة الغرارة.

ص: وحمام برج ش: الظاهر أنه أراد بيع الحمام في البرج ويحتمل أن يريد بيع البرج بما فيه من الحمام، وقد ذكر في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من جامع البيوع عن ابن القاسم أنه أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزرا. قال ابن رشد: لعبد الله ابن نافع في [المدنية[288]] إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافا للغرر ولا يباع إلا عددا. ثم قال: ونحل الأجباح لا خلاف في جواز بيعها جزافا لمشقة عددها، وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روي عنه أصبغ، ونصه: محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو بيعه بحمامه جزافا، وحكى في التوضيح القولين من غير ترجيح ورجح في الشامل الجواز، وهو الظاهر؛ لأنه قول ابن القاسم في المدونة والعتبية، وكلام المصنف يقتضي أنه مبني على القول بالمنع؛ لأنه معطوف على العصافير الحية في القفص، وقد قال ابن رشد في شرح المسألة الأولى: لا خلاف في أنه لا يجوز بيعها جزافا؛ إذ لا مؤونة في عددها، ولا يحاط بها كل الإحاطة لتداخل بعضها في بعض. والله أعلم.

ص: ونقد ش: شمل كلامه الفلوس وهو صحيح. قال في التوضيح: نص عليه في الموازية.

ص: خير ش: أي في رد البيع وإجازته إن كان المبيع قائما، فإن فات لزم فيه الأقل من الثمن أو قيمة الجزاف. نقله في التوضيح عن ابن رشد.

ص: فسد ش: فيفسخ البيع إن كان قائما، وإن فات ففيه القيمة ما بلغت كالبيع الفاسد. قاله أيضا في التوضيح عن ابن رشد /

290

ص: كالمغنية ش: هو جواب عن استشكال ابن القصار لكون علم أحدهما عيبا؛ لأن العيب إذا أعلم البائع المشتري به جاز الرضا به، ولو أعلمه به هنا فسد. فأجاب القاضي عبد الوهاب بأنه لا ملازمة بين كون الشيء يفسد به العقد إذا [قارنه[289]] ولا [يفسد[290]] به إذا اطلع عليه بعد ذلك لدخوله في الأول على الغرر دون الثاني كما قال سحنون فيمن باع جارية وشرط أنها مغنية إن البيع فاسد، ولو اطلع على ذلك بعد البيع لم يفسد وكان له الخيار. قال في التوضيح: وعلى هذا فلا يصح بيع المغنية مع التبيين، وإنما يجوز بيعها بشرط عدم التبيين ثم يبين بعد ذلك وفيه نظر، وينبغي أن

الحديث ....

[288] – في المطبوع المدونة وما بين المعقوفين من م114 والبيان، ج8 ص19.
[289] – في المطبوع قاربه وم114 ويحيى38 وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 وسيد16.
[290] – في المطبوع بفسد وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 وم114 ويحيى38 وسيد16.

نص خليل وَجِزَافِ حَبٍّ مَعَ مَكِيلٍ مِّنْهُ أَوْ أَرْضٍ وَجِزَافِ أَرْضٍ مَّعَ [مَكِيلِهِ[291] نس] لاَ مَعَ حَبٍّ.

متن الحطاب يقيد ما قالوه من أنه لو ذكر أنها مغنية لم يجز شراؤها بما إذا كان القصد من ذكر ذلك زيادة الثمن، وأما إن كان القصد التبري فيجوز. انتهى.

قلت: هذا ظاهر ويظهر ذلك من قرائن الأحوال.

تنبيه: نقل الروياني عن المالكية أن العلة كون الغناء يخلق الجارية، وادعى أن المالكية لا يردون العبد. انتهى.

ص: **وجزاف حب مع مكيل منه أو أرض وجزاف أرض مع مكيله لا مع حب** ش: جزاف مجرور بالعطف على غير مرئي، وأرض معطوفة على الضمير في قوله: "منه" فهو من العطف على الضمير المجرور بدون إعادة الجار، والمعنى أنه لا يجوز بيع جزاف من الحب مع مكيل منه؛ كأن يبيعه هذه الصبرة من القمح مع عشرة أمداد من قمح آخر، ولا يجوز بيع جزاف من الحب مع مكيل من الأرض؛ كأن يبيعه هذه الصبرة مع عشرة أذرع من الأرض، وكذلك يمنع بيع جزاف من الأرض مع الأرض المكيلة، وأما جزاف الأرض مع الحب المكيل فيجوز، وأصل هذه المسألة في كتاب/ الغرر من المقدمات، وفي رسم شك من سماع ابن القاسم وفي رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من جامع البيوع. 291

قال في المقدمات لما تكلم على الغرر المانع من صحة العقد: ومن هذا المعنى بيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة، والقول فيما يجوز منه يتحصل بأن تعلم أن من الأشياء ما [الأصل[292]] فيه أن يباع كيلا ويجوز بيعه جزافا كالحبوب، ومنها ما الأصل فيه أن يباع جزافا ويجوز بيعه كيلا كالأرضين والثياب، ومنها عروض لا يجوز بيعها كيلا ولا وزنا كالعبيد والحيوان، فالجزاف مما أصله أن يباع كيلا كالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه ولا مع المكيل مما أصله أن يباع جزافا كالأرضين والثياب باتفاق. انتهى. واعلم أن في بيع الشيئين معا ثلاثة أقسام: لأنهما إما أن يكونا جزافين أو مكيلين أو أحدهما مكيلا والآخر جزافا، والقسمان الأولان يأتي الكلام عليهما.

والقسم الثالث فيه أربع صور؛ لأنه إما أن يكونا أصلهما معا الكيل، أو أصلهما معا الجزاف، أو أصل ما يباع جزافا الكيل وأصل ما يباع بالكيل الجزاف، أو بالعكس، فالثلاثة الأول ممنوعة، والرابعة جائزة، فأشار المصنف إلى الصورة الأولى والصورة الثالثة بقوله: "وجزاف حب مع مكيل منه أو أرض" وأشار إلى الصورة [الثانية[293]] الممنوعة والرابعة الجائزة بقوله: "وجزاف أرض مع مكيله لا مع حب" يعني أنه لا يجوز بيع جزاف الأرض مع أرض مكيلة، وقوله: "لا مع حب أي لا جزاف أرض مع حب مكيل فإنه يجوز وفاقا لابن زرب وابن محرز، خلافا لابن العطار. قال في المقدمات: والجزاف مما أصله أن يباع جزافا كالأرضين لا يجوز بيعه مع المكيل منه باتفاق، واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلا على قولين؛ الجواز لابن زرب، وأقامه من سلم المدونة وعدمه لابن

الحديث ....

[291] نس – مكيلة نسخة.مكيلها نسخة.

[292] – في المطبوع لا اصل وما بين المعقوفين من ن عدود ص288 وم114 ويحيى39 وسيد16.

[293] – في المطبوع الثالثة وم114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص291 ويحيى39 وسيد16.

نص خليل وَيَجُوزُ جِزَافَانِ وَمَكِيلَانِ وَجِزَافٌ مَّعَ عَرْضٍ.

متن الحطاب العطار، وقال ابن عرفة: ولابن محرز مثل ما لابن زرب. قال ابن رشد في رسم شك من سماع ابن القاسم: وما ذهب إليه ابن زرب هو الصحيح.

تنبيه: قوله مع مكيل منه أي من الحب، سواء كان من جنس المكيل أو من غير جنسه. قاله في الرسمين المتقدمين. وقوله: "مكيلة" في بعض النسخ بالتاء المنونة، وفي بعضها مكيلها بالتأنيث ولا إشكال عليهما، وفي بعض النسخ مع مكيله بالضمير المذكر، وكأنه ذكره وإن كان عائدا للأرض لأنها كناية عن الجنس المذكر. والله أعلم.

ص: **ويجوز جزافان ومكيلان وجزاف مع عرض** ش: قال في المقدمات: ولا اختلاف في جواز بيع المكيلين في صفقة واحدة والجزافين في صفقة واحدة أيضا على كل حال، ولا في جواز بيع الجزاف مع العرض في صفقة واحدة إلا عند ابن حبيب فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلا لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد. انتهى. وقال في الرسم المتقدم من سماع أصبغ: واختلف في بيع الجزاف مع العرض في صفقة على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يجوز وإن كان على غير الكيل، وهو مذهب ابن حبيب، والثاني أن ذلك جائز وإن كان الجزاف على الكيل وهو قول أشهب وأصبغ، والثالث أن ذلك جائز إن كان الجزاف على غير الكيل ولا يجوز إن كان على الكيل وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وهو المشهور في المذهب. انتهى. وقوله في المقدمات في الجزافين والمكيلين على كل حال؛ أي سواء كان أصلهما الكيل كقمح وشعير، أو الجزاف كأرضين، أو أصل أحدهما الجزاف والآخر الكيل كقمح وأرض. والله أعلم.

فائدة: يتحصل في بيع ما أصله الجزاف وما أصله الكيل [ست عشرة[294]] صورة بصورها [المكررة؛[295]] لأنه إذا بيع ما أصله الكيل فلا يخلو إما أن يباع كيلا أو جزافا، وعلى كل حال فإما أن يباع معه شي مما أصله الكيل أيضا كيلا أو جزافا، أو [مع ما[296]] أصله الجزاف كيلا أو جزافا، فهذه ثمان صور: الأولى مكيلان أصلهما الكيل وهي جائزة. الثانية مكيل وجزاف/ أصلهما الكيل وهي غير جائزة. الثالثة مكيلان أحدهما أصله الكيل، والثاني أصله الجزاف وهي جائزة. الرابعة مكيل أصله الكيل وجزاف أصله الجزاف وهي جائزة. الخامسة جزافان أصلهما الكيل وهي جائزة. السادسة جزاف ومكيل أصلهما الكيل وهي غير جائزة وهي مكررة مع الثانية. السابعة جزافان أصل أحدهما الكيل، والثاني أصله الجزاف وهي جائزة. الثامنة جزاف أصله الكيل ومكيل أصله الجزاف وهي غير جائزة، فالصورة الأولى والثالثة داخلتان تحت قول المؤلف: "ومكيلان" والخامسة والسابعة داخلتان تحت قوله: "ويجوز جزافان" والثانية المكررة والسادسة داخلتان تحت قوله: "وجزاف حب مع مكيل منه" فإن معناه أنه لا يجوز بيع الجزاف مما أصله الكيل مع المكيل منه كبيع جزاف الحب مع المكيل منه كما تقدم بيانه، والرابعة داخلة تحت قوله: "لا مع حب"

292

الحديث ....

---

294 - في المطبوع ستة عشر وم115 وسيد16 وما بين المعقوفين من ن عدود ص291 (وفي يحيى39 ست عشر).

295 - في المطبوع المكروهة وما بين المعقوفين من ن عدود ص291 وم115 ويحيى39 وسيد16.

296 - في المطبوع ما مع وما بين المعقوفين من ن عدود ص291 (وفي م115 ويحيى39 وسيد16 جزافا أو ما).

نص خليل وَجِزَافَانِ عَلَى كَيْلٍ إِنِ اتَّحَدَ الْكَيْلُ وَالصِّفَةُ.

متن الحطاب فإن معناه [كما[297]] تقدم أنه يجوز بيع الجزاف مما أصله أن يباع جزافا كالأرض مع المكيل مما أصله أن يباع كيلا كالحب؛ لأن كلا جاء على أصله فقوله: "لا مع حب" أي حب مكيل، والثامنة داخلة تحت قوله: "أو أرض" فإن معناه أنه لا يجوز بيع الجزاف مما أصله الكيل كالحب مع المكيل مما أصله الجزاف كالأرض فقوله أو أرض يعني مكيلة، وإذا بيع ما أصله الجزاف فلا يخلو إما أن يباع جزافا أو كيلا، وعلى كل حال فإما أن يباع معه شيء أصله الجزاف جزافا أو كيلا، أو شيء أصله الكيل جزافا أو كيلا فهذه ثمان صور أيضا:

الأولى: جزافان أصلهما الجزاف وهي جائزة.

الثانية: جزاف ومكيل أصلهما الجزاف وهي غير جائزة. الثالثة: جزافان أحدهما أصله الجزاف، والثاني أصله الكيل وهي جائزة، وهذه مكررة مع السابعة من الصور الأول. الرابعة: جزاف أصله الجزاف، ومكيل أصله الكيل وهي جائزة، وهي مكررة مع الرابعة من الصور الأول. الخامسة: مكيلان أصلهما الجزاف وهي جائزة. السادسة: مكيل وجزاف أصلهما الجزاف وهي غير جائزة، وهذه مكررة مع الثانية في هذه الصور. السابعة: مكيلان أصل أحدهما الجزاف، والثاني أصله الكيل وهي جائزة، وهي مكررة مع الثالثة من الصور الأول.

الثامنة: مكيل أصله الجزاف، وجزاف أصله الكيل وهي غير جائزة، وهذه مكررة مع الثامنة من الصور الأول، فالأولى والثالثة المكررة مع السابعة من الصور الأول داخلتان تحت قول المؤلف: "ويجوز جزافان" والخامسة والسابعة المكررة مع الثالثة من الصور الأول داخلتان تحت قوله: "ومكيلان" والثانية المكررة مع السادسة من صورها داخلتان تحت قوله: "وجزاف أرض مع مكيله" فإنه تقدم أن جزافا مجرور بالعطف على قوله: "وجزاف حب" وأن معناه أنه لا يجوز بيع الجزاف مما أصله الجزاف مع المكيل منه كالأرض الجزاف مع الأرض المكيلة، والرابعة المكررة مع الصورة الرابعة من الصور الأول داخلة تحت قوله: "لا مع حب" وقد تقدم معناه، والثامنة المكررة مع الثامنة من الصور الأول داخلة تحت قوله: "أو أرض وقد تقدم معناه. والله أعلم. وقد أتينا على شرح قوله: "وجزاف حب مع مكيل منه أو أرض وجزاف أرض مع مكيلة لا مع حب ويجوز جزافان ومكيلان وجزاف مع عرض". والله أعلم.

ص: وجزافان على الكيل إن اتحد الكيل والصفة ش: يعني أنه يجوز بيع الجزافين على الكيل بشرط أن يتحد [الكيل[298]] الذي [بيعا[299]] عليه، وتتحد صفتهما؛ كصبرتي قمح بصفة واحدة بيعتا في صفقة واحدة على أن كل مد بدينار ولا خلاف في جواز ذلك. قاله في البيان والمقدمات. فإن اختلف الكيل والصفة كصبرة قمح وصبرة شعير بيعتا في صفقة واحدة على أن صبرة القمح كل مد بدينار وصبرة شعير

293 كل مدين بدينار فلا خلاف في منع ذلك أيضا. قاله في البيان/ والمقدمات. وإن اختلف الكيل الذي بيعتا عليه واتفقت الصفة أو اتفق الكيل الذي بيعتا عليه واختلفت الصفة، فالأول كصبرتين من قمح صفة واحدة فيشتريهما صفقة واحدة هذه ثلاثة أرادب بدينار وهذه أربعة أرادب بدينار، والثاني صبرة من قمح وصبرة من شعير يشتريهما صفقة واحدة ثلاثة أرادب بدرهم أجاز ذلك أشهب ولم يجزه ابن

الحديث ....

---

297 – في المطبوع مع ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 وم115 ويحيى39 وسيد16.

298 – في المطبوع المكيل وما بين المعقوفين من م115 وسيد16.

299 – في المطبوع تبايعا وما بين المعقوفين من م115 وسيد16.

نص خليل وَلاَ يُضَافُ لِجِزَافٍ عَلَى كَيْلٍ غَيْرُهُ مُطْلَقًا وَجَازَ [بِرُؤْيَةِ[300] نس] بَعْضِ الْمِثْلِي.

متن الحطاب القاسم. قاله في البيان والمقدمات، وعلى قول ابن القاسم مشى المصنف، فالصور الثلاث عنده ممنوعة وذلك مستفاد من مفهوم الشرط، والاختلاف في الجودة والرداءة كالاختلاف بالصنف. قاله في العتبية في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ.

ص: **ولا يضاف لجزاف على كيلٍ غيرُه مطلقا** ش: يعني أن الجزاف إذا بيع على الكيل فلا يجوز أن يضاف إليه غيره مطلقا بأي وجه كانت المغايرة، فلا يضاف إليه جزاف آخر من [صفته[301]] مخالف له في الكيل الذي بيع عليه، ولا جزاف مخالف له في صفته وإن وافقه في الكيل الذي بيع عليه، ولا يضاف له عرض كثوب أو عبد أو دار، ولا يضاف له إلا جزاف مثله موافق له في صفته وفي الكيل الذي بيع عليه. قال في المقدمات: وأما بيع الجزاف على الكيل فلا يضاف إليه في البيع شيء بحال على الصحيح من الأقوال، وهو مذهب ابن القاسم، وانظر هذه المسألة في رسم شك من سماع ابن القاسم وفي سماع أصبغ من جامع البيوع وفي الغرر من المدونة.

تنبيه: قال ابن غازي: من البين أن الموزون والمذروع في هذا الباب في معنى المكيل، وقد صرح بذلك الشيخ أبو العباس القباب في قول ابن جماعة: لا يجوز أن تشتري قربة لبن على أن تزن زبدها. انتهى.

قلت: وقد صرح في المقدمات بأن حكم الموزون والمعدود والمذروع حكم الكيل فقال بعد أن ذكر جميع ما تقدم: وحكم الموزون والمعدود في جميع ما ذكرناه حكم المكيل، وأما المذورع فإنه مثل بالأرض إذا بيع منها أذرع معدودة. والله أعلم. وقال القباب: فاللبن والزبد أصلهما معا البيع على الكيل؛ لأن اللبن يباع بالمكيال والزبد بالوزن، وهو في هذا الباب في معنى الكيل فبيع القربة جزافا لا يجوز مع بيع الزبد وزنا لأنه من باب جمع الجزاف مع المكيل مما أصلهما المكيل؛ هذا إن اشترى القربة مع رطل أو نصفه من الزبد، وأما إن اشترى القربة وزبدها ما كان بحساب كذا أوقية بدرهم فهو من باب الجزاف على الكيل مع غيره، فإن اشترى اللبن والزبد على غير كيل ولا وزن كان من باب جمع الجزافين وهو جائز. والله أعلم.

ص: **وجاز برؤية بعض المثلي** ش: ليس هذا خاصا بالمكيل وكذلك في الجزاف يكفي رؤية البعض إذا كان الجميع حاضرا في غرارة أو نحوها، بل جعله البساطي راجعا لمسألة الجزاف، نعم يكفي رؤية بعض المثلي المكيل، سواء كان حاضرا بالبلد أو غائبا./ قاله في التوضيح. وينبغي الاحتفاظ على العين فتكون كالشاهد عند التنازع فإن خرج الآخر مخالفا لما رآه أولا فإن كان ذلك يسيرا لزم وإن كان كثيرا لم يلزم، وسيأتي الكلام على ذلك في فصل الخيار عند قول المصنف: "ولا كلام [لواجد[302]] في قليل لا ينفك"، واحترز بالمثلي من المقوم فإنه لا يكفي رؤية بعضه. قال في التوضيح: وهو ظاهر المذهب ومفهوم المدونة في كتاب الخيار، وممن نص على عدم اللزوم في المقوم الشيخ أبو محمد وابن

294

الحديث ....

[300] نس – رؤية نسخة.

[301] *– في المطبوع صفقة وما بين المعقوفين من ن عدود 293 و م115 ويحيى40 وسيد17.

[302] – في المطبوع لواحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص294 وم115 ويحيى40 وسيد17.

نص خليل [وَالصُّوَان[303] ـ] وَعَلَى [الْبَرْنَامِجِ[304] ـ] وَمِنَ الأَعْمَى وَبِرُؤْيَةٍ لاَّ يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا وَحَلَفَ مُدَّعٍ لِبَيْعِ بَرْنَامِجٍ [أَنَّ مُوَافَقَتَهُ[305] ـ] لِلْمَكْتُوبِ.

متن الحطاب شبلون وعبد الحق وغيرهم. الشيخ: ولو قال قائل إنه كالمثلي يلزم باقيه إذا كان على الصفة ما بعد. خليل: وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم من العتبية فيمن اشترى أعدالا من كتان أو بز فنظر إلى ثوب أو ثوبين أو رطل أو رطلين ثم وجد الباقي لا يشبهه قال: أما ما هو قريب مما رأى فلا رد له وكذلك القمح والتمر يكون أوله خيرا من داخله، وأما الأمر الفاحش فليرد.انتهى بمعناه. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة مبينة لما في المدونة وغيرها. انتهى. ولم يذكر ابن عرفة هذا القول وأشار إليه في الشامل بقوله: لا مقوم على الأصح.

ص: **والصوان** ش: هو بكسر الصاد وضمها الوعاء وفيه لغة ثالثة وهي الصيان.

ص: **وعلى البرنامج** ش: قال في التوضيح: البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وهي لفظة فارسية استعملتها العرب، والمراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: البرنامج رويناه بفتح الميم، ولم يذكر عياض غير الكسر، وأما الباء فبالفتح لا غير. انتهى.

ص: **ومن الأعمى** ش: إنما ذكره مع بيع البرنامج والغائب ونحوه لكونه لا يبصر، وإنما يشتري على الصفة فشابه شراء الشيء الغائب.

فرع: قال في الوثائق المجموعة: ولو كان أعمى وأصم لم تجز مبايعته ولا معاملته ولا نكاحه. وقال قبله: يجوز بيع الأبكم الأصم.انتهى بالمعنى.

ص: **وبرؤية لا يتغير بعدها** ش: فإن كانت مدة يتغير فيها فالبيع فاسد على الأصح إلا أن يباع بصفة مؤتنفة أو على أنه بالخيار إذا رأى، وقيل إن شرط النقد فسد وإلا جاز. قاله في الشامل. وأصله في التوضيح، والأول مذهب المدونة، وسيأتي لفظها. وهذا في غير الجزاف، وأما الجزاف فلا يجوز بيعه إلا إذا كان حاضرا كما تقدم وتقدمت مسألة المدونة في الثمار الغائبة، وذكر ابن عرفة هنا عن المدونة أنه يجوز بيع الزرع الغائب برؤية متقدمة، وذكر عن ابن رشد في بيع الصبرة بذلك قولين: الجواز لابن حبيب والمنع لابن القاسم في المدونة. قال ابن رشد: ولا وجه له. قال ابن عرفة: وجهه أنه يطلب في الصبرة زيادة على معرفة صفتها معرفة قدرها بالحزر حين العقد وللرؤية المقارنة للعقد في ذلك أثر قال ويلزم مثله في الزرع الغائب. انتهى بالمعنى.

قلت: الذي يظهر لي من المدونة أنه اغتفر عدم حضور الزرع والثمار حالة العقد عليها جزافا لظهور التغير فيها إن حصل بعد الرؤية المتقدمة، بخلاف الصبرة ونحوها. فتأمله.

ص: **وحلف مدع لبيع برنامج أن موافقته للمكتوب** ش: ما ذكره ابن غازي رحمه الله كاف من جهة النقل لكن لم يبين كيفية تركيب الكلام على النسخة التي اختارها، وهل هي بإن أو بإذ؟

الحديث ....

---

[303] س – ضم صاد الصوان وكسرها أرجح من فتحها كما يوخذ من كتب اللغة.

[304] س – البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وقيل بفتحها وقيل بكسرهما كما في شب وغيره.

[305] س – أو موافقته نسخة.إذ موافقته نسخة ونسخة إن وافقه ذكروا أنه لا وجه لها.

نص خليل وَعَدَمِ دَفْعِ رَدِيءٍ أَوْ نَاقِصٍ وَبَقَاءِ الصِّفَةِ إنْ شُكَّ.

متن الحطاب والذي في كثير من النسخ إنما هي بإذ، فتكون متعلقة بمدع، وإذ مضافة للجملة بعدها، وموافقته مبتدأ وللمكتوب خبره أي حاصلة للمكتوب ويكون/ المعنى وحلف مدع لبيع برنامج أن موافقته للمكتوب وقت البيع حاصلة؛ إذ هو موافق للمكتوب في دعوى البائع، وفي بعض النسخ بأن المشددة المفتوحة أو المكسورة، فيكون المعنى وحلف أن موافقته للمكتوب موجودة أو حاصلة. والله أعلم.

295

ص: **وعدم دفع رديء** ش: قال في سلمها الأول: وإن قلت حين ردها إليك ما دفعت إلا جيادا فالقول قولك وتحلف ما [أعطيت[306]] إلا جيادا في علمك، إلا أن تكون إنما أخذها منك على أن يزنها فالقول قوله مع يمينه. قال أبو الحسن في شرحه الكبير: قوله وتحلف [الخ[307]] زاد في الوكالات: ولا أعلمها من دراهمي. قال عبد الحق: لأنه قد يعطي جيادا في علمه ثم الآن يعلمها من دراهمه، وقوله في علمك قال أبو إسحاق: إلا أن يتحقق أنها ليست من دراهمه فيحلف على البت، فإن نكل حلف الراد على البت لأنه موقن. قال أبو الحسن: وظاهر المدونة أنه يحلف على العلم، سواء كان صيرفيا أو غير صيرفي، وقال ابن كنانة [إنما[308]] يحلف الصيرفي على البت.

فرع: فإن اختلف الدافع والقابض فقال الدافع إنما أخذتها على المفاصلة، وقال القابض إنما أخذتها لأزنها فالقول قول الدافع. قاله أبو الحسن.

فرع: قال محمد: ولا يجبر البائع أن يقبض من الثمن إلا ما اتفق عليه أنه جيد، فإن قبضه ثم أراد رده لرداءته فلا يجبر الدافع على بدله إلا أن يتفق على رداءته. قاله أبو الحسن. وفي أحكام ابن سهل فيمن عليه دين فأحضره فقال شاهدان هو رديء، وقال آخر هو جيد لم يلزم الذي له العين قبضه حتى يتفق على جودته ولو قبضه فلما قلبه وجده رديئا وشهد له شاهدان وشهد غيرهما أنه جيد لم يجب له بدله إلا بالاتفاق على رداءته. انتهى.

ص: **أو ناقص** ش: أي والقول قول مدعي عدم دفع ناقص كمن قبض طعاما من سلم أو بيع أو دين له على التصديق ثم ادعى نقصا فالقول قول الدافع. قاله في كتاب الغرر وغيره من المدونة، وسيذكره المصنف في باب السلم، ويأتي في كتاب الشهادات أن اليمين في النقص على البت، وهذا في نقص العدد، وأما نقص المقدار فحكمه حكم الغش. قاله سند في كتاب الصرف.

ص: **وبقاء الصفة إن شك** ش: يعني أن القول لمدعي بقاء الصفة التي وقع البيع عليها برؤية متقدمة إذا شك في بقائها وهو البائع، وهذا مذهب ابن القاسم، وقال أشهب القول قول المشتري، واحترز المصنف بقوله: "إن شك" مما إذا قطع بكذب المشتري فإن اليمين تسقط عن البائع. قال اللخمي: وتسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري كمن اشترى زيتا أو قمحا رآه بالأمس ويقول اليوم قد تغير الزيت وسوس القمح، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا أشكل الأمر قال: وأما إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله فالقول للبائع اتفاقا وإن بعد بحيث لا يبقى على حاله فالقول

الحديث ....

---

[306] – في المطبوع أعطيتك وم116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى41 وسيد17.

[307] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 وم116 ويحيى41 وسيد17.

[308] – في المطبوع أنه وم116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى41 وسيد17.

نص خليل وَغَائِبٍ وَلَوْ بِلاَ وَصْفٍ عَلَى خِيَارِهِ بِالرُّؤْيَةِ.

متن الحطاب للمشتري اتفاقا، والظاهر أن المصنف لم يمش على طريقة اللخمي، وإنما أشار بقوله: "إن شك" لما تقدم ويحتمل أن يكون أشار به لتقييد اللخمي ويكون المعنى أنه إنما يحلف مدعي بقاء الصفة إذا أشكل الأمر وشك في بقائها، وأما إذا طال ما بين الرؤيتين بحيث يغلب على الظن أن المبيع تغير فالقول لمدعي عدم الصفة ولكنه بعيد من لفظه ويحتمل أن يكون قوله: "إن شك" راجع للمسائل جميعها، والمعنى أنه إنما يحلف في هذه المسائل حيث شك، أما لو كان معه بينة لم تفارقه في مسألة البرنامج ومسألة دفع الرديء والناقص فلا يمين عليه، وكذا/ لو شهدت بينة بأن الصفة قد تغيرت، 296 وهذا الاحتمال أيضا بعيد، والظاهر الأول. والله أعلم.

فرع: لو تنازعا في عين السلعة المبيعة بالرؤية فالقول للمشتري بالاتفاق مع يمينه؛ لأنه لم يرد [نقض[309]] بيع سلعة اتفقا على البيع فيها.

ص: **وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية** ش: يعني أنه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف، لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه، وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد. نقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح، ويفهم هذا من قول المصنف: "على خياره"، وأشار بلو إلى القول الثاني أن الغائب لا يباع إلا على [صفة[310]] أو رؤية متقدمة، قال في المقدمات: وهو الصحيح. وفي كتاب الغرر من المدونة دليل هذا القول، وقال في التوضيح إنه في المدونة، ونسبه لبعض كبار أصحاب مالك.

وقال ابن عرفة إنه المعروف من المذهب ونص غررها، وجعل القول الأول ظاهر سلمها، وتبعه ابن ناجي على ذلك، ولم أقف في غررها على ما ذكره في التوضيح، ولا على ما ذكره ابن عرفة، ونص ما فيه: ومن رأى سلعة أو حيوانا غائبة منذ مدة تتغير في مثلها لم يجز له شراؤها إلا بصفة مؤتنفة أو على أنه بالخيار إذا رآها وإن كانت لا تتغير في مثل تلك المدة جاز البيع، وكل ما وجد على ما كان يعرف منه أو على ما وصف له لزمه ولا خيار له، وقال بعض كبار أصحاب مالك لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين إما على صفة توصف، أو على رؤية قد عرفها أو شرط في عقد البيع أنه بالخيار إذا رأى، فكل بيع ينعقد في سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو منتقض.

قال ابن يونس بعد قوله: "أو على رؤية قد عرفها": فهذان منعقدان، وقوله: "أو شرط في عقد الخ" هذا الوجه غير منعقد إلا بعد الرؤية والرضا بها، وهذا الذي ارتضاه عبد الحق في تهذيب الطالب، وقال ابن محرز: ومنهم من تأولها على أن بيع الرؤية والصفة قسم وبيع الخيار قسم. قال: وهذا عندي أشبه بظاهر الكتاب لقوله: "وشرط في عقد البيع" فسماه عقدا، وإنما سماه عقدا؛ لأنه منعقد من جهة أحدهما وإنما الخيار للآخر. انتهى بالمعنى. وليس في هذا دليل على منع بيع الغائب بلا وصف ولو كان على الخيار.

تنبيه: وعلى القول بالجواز الذي مشى عليه المصنف فقال ابن عبد السلام: ظاهر سلمها الثالث أنه لا يحتاج إلى ذكر جنس السلعة هل هي ثوب أو عبد مثلا وإن كان ذكر هذا في التولية، لكن لا فرق

الحديث ....

---

[309] - في المطبوع وم116 نقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 ويحيى41 وسيد17.

[310] - في المطبوع الصفة وم116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 ويحيى41 وسيد17.

نص خليل أَوْ عَلَى يَوْمٍ [أو وَّصْفِهِ[311] س] غَيْرُ بَائِعِهِ إن لَّمْ يَبْعُدْ كَخُرَاسَانَ مِنْ

متن الحطاب [بين[312]] التولية والبيع في هذا وهذا كله إذا كان الخيار للمشتري.

قلت: يفهم من كلامه في المدونة أنه فرق بين البيع والتولية فاغتفر ذلك في التولية لكونها من باب المعروف، وأما البيع فلا بد من ذكر جنسها، ونصها في أوائل السلم الثالث: وإذا اشتريت سلعة ثم وليتها رجلا ولم تسمها له ولا ثمنها أو سميت أحدهما فإن كنت ألزمته إياها لم يجز لأنه مخاطرة وقمار، وإن كان على غير الإلزام جاز وله الخيار إذا رأى وعلم الثمن، وإن أعلمته أنه عبد فرضيه ثم سميت له الثمن فلم يرض فذلك له، [وهذا من ناحية المعروف يلزم المولى ولا يلزم المولي إلا برضاه[313]]، وأما إن بعت منه عبدا في بيتك بمائة دينار ولم تصفه له ولا رآه قبل ذلك فالبيع فاسد ولا يكون المبتاع فيه بالخيار إذا نظره؛ لأن البيع وقع فيه على الإيجاب والمكايسة، ولو كنت جعلته فيه بالخيار إذا نظره جاز وإن كان على المكايسة. انتهى. زاد ابن يونس في اختصاره بعد قوله: "ولم تصفه له ولا رآه قبل ذلك" ولم يجعله بالخيار إذا نظر. انتهى.

ص: أو على يوم ش: هو معطوف على ما في حيز لو كما قال ابن غازي، وقدمه هنا للإشارة [إلى أنه[314]] ما على هذه المسافة هو من الغائب الذي يجوز [له بيعه[315]] على الصفة أو بالخيار عند رؤيته.

297 ص: أو وصفه غير بائعه [ش: كذا[316]] في أكثر النسخ بأو وهو معطوف/ على قوله: "بلا وصف" والمعنى أنه يجوز بيع الغائب بلا وصف على الخيار أو بوصف على اللزوم، ويفهم اللزوم من كون المصنف لم يشترط في عقده أن يكون على الخيار؛ لأنه إذا لم يشترط الخيار فالأصل في البيع اللزوم، وهذه النسخة أولى من النسخة التي فيها ووصفه بالواو؛ لأن المصنف على النسخة التي بأو يكون قد استوفى الكلام على أقسام بيع الغائب. والله أعلم.

فرع: فإن وجد الغائب على الصفة المشترطة بموافقة من المشتري أو شهدت بذلك بينة لزم البيع، وإلا فلا.

فرع: فإذا وقع البيع على صفة وتنازعا عند قبضه هل صفته الآن هي التي وقع عليها التعاقد أم لا فالقول قول المشتري، والفرق بينه وبين ما تقدم فيما إذا وقع البيع على رؤية متقدمة أن القول للبائع عند ابن القاسم أن البيع في مسألة الرؤية [معلق[317]] على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤها، فمن ادعى الانتقال فهو مدع وهو المشتري بخلاف البيع على الصفة فإن الأصل عدمها، وهو موافق لقول المشتري، فمن ادعى وجودها فهو مدع وهو البائع.

فرع: فإن اتفقا على الصفة التي وقع البيع عليها واختلفا في المبيع هل هو عليها أم لا رجع في ذلك لأهل المعرفة، فإن قالوا إنه عليها لزم، وإلا فلا، وأما اشتراط المصنف أن يصفه غير بائعه فهو جار

الحديث ....

---

311 س – ووصفه نسخة.
312 – في المطبوع في وم117 وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 ويحيى41 وسيد17.
313 – في المطبوع فهذا من ناحية المعروف ولا يلزم المولي إلا أن يرضاه وما بين المعقوفين من سيد17 والتهذيب، ج3 ص68.
314 *– كذا في م وسيد.
315 – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 ويحيى41 وسيد17 (وفي م117 بيعه).
316 – في المطبوع له بيعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 وم117 ويحيى42 وسيد17.
317 *– في المطبوع وم117 متعلق وما بين المعقوفين من يحيى42 وسيد18.

نص خليل إفْرِيقِيَّةَ وَلَمْ تُمْكِنْ رُؤْيَتُهُ بِلاَ مَشَقَّةٍ.

متن الحطاب على مذهب الموازية والعتبية، وقال المتيطي إن المدونة تؤولت عليه، وهو خلاف ما ارتضاه ابن رشد في آخر رسم من سماع ابن القاسم من جامع البيوع. والله أعلم.

ص: **إن لم يبعد كخراسان من إفريقية** ش: هذا الشرط راجع لبيع الغائب بالصفة على اللزوم. قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "وألا يكون بعيدا جدا": هو معطوف على مرفوع قوله: "ويشترط في لزوم بيع الغائب وصفه" والمعنى ويشترط أيضا في لزوم بيع الغائب أن لا يكون بعيدا من المتبايعين هذا النوع من البعد، وهذا الشرط صحيح لأن اللزوم مناف للغرر شرعا، وهذا غرر كثير. انتهى. وقال في التوضيح: أي ويشترط في جواز بيع الغائب كونه غير بعيد جدا لكثرة الخطر والغرر، وهو أخص من كلام ابن عبد السلام؛ لأنه إذا لم يجز لم يلزم فتأمله. ويفهم من كلامهما أن ذلك مع الصفة، وأما مع عدم الوصف إذا بيع بالخيار فلا، والظاهر أنه كذلك، ومثل الصفة ما إذا بيع على رؤية متقدمة لمساواته للبيع على الصفة في اللزوم فتأمله. والله أعلم. ونقل ابن عرفة هذا الشرط عن الشيخ ابن أبي زيد عن ابن حبيب، وقد ذكر ابن غازي كلامه.

قلت: وقد ذكر في المقدمات أنه مذهب ابن القاسم، ونصه: وبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز ما لم يتفاحش بعده.

ص: **ولم تمكن رؤيته بلا مشقة** ش: هذا نحو قول ابن الحاجب: ولا قريبا تمكن رؤيته بغير مشقة على الأشهر. فقال ابن عبد السلام: إن عنى به الكلام على مسألة الساج المدرج فهو صحيح، إلا أنّ القول بالإجازة ليس بشهير حتى يكون مقابلا بالأشهر، وإن عنى به مثل ما إذا كان [معهما[318]] في البلد فالأشهر الجواز لأنه منصوص عليه في المدونة في خمسة مواضع، وإنما منعه في كتاب ابن المواز. انتهى. ومثل الساج المدرج ما كان بين أيديهما.

قال ابن عرفة: والمعروف منع بيع حاضر المتعاقدين بصفته، وفي سماع عيسى عن ابن القاسم لو قال من ابتاع ما بهذا الصندوق [على الصفة[319]] بعد ذهابه وجدته على خلافها لم يصدق ولزمه بيعه، فأخذ منه اللخمي جوازه، ورده المازري باحتمال مشقة إخراج ما فيه كالبرنامج، أو فساده برؤيته كالساج المدرج في جرابه. ابن عرفة: وذكر أن بعضهم حمله على غيبة مفتاحه فصار ما فيه كغائب [وتلقيها[320]] ابن رشد بالقبول كتقصير، ودليل قولها: من ابتاع ثيابا مطوية لم ينشرها ولا وصفت له لم يجز جوازه، وفي غير موضع منها جواز بيع/ حاضر البلد على الصفة، وروى محمد منعه واختاره فجعله ابن الحاجب الأشهر. ابن شاس: وحمل الأصحاب قولها على ما في رؤيته مشقة. ابن عرفة: فيكون ثالثا على عد التأويل الأول قولا وعلى المنع المعروف جواز بيع الغائب على مسافة يوم. اللخمي: روى ابن شعبان منعه. المازري: ليسر إحضاره. انتهى بلفظه إلا قليلا. وقال في التوضيح: ما ذكر أنه الأشهر هو مذهب الموازية، ومقابله مذهب العتبية فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق على الصفة، وظاهر المدونة الجواز

298

الحديث ....

---

318 - في المطبوع معها وم117 وما بين المعقوفين من ن عدود ص297 ويحيى42 وسيد18.

319 - ساقطة من المطبوع وم117 وما بين المعقوفين من ن عدود ص297 ويحيى42 وسيد18.

320 - في المطبوع وتلقاها وم117 وما بين المعقوفين من ن عدود ص297 ويحيى42 وسيد18.

نص خليل ....

متن الحطاب في خمسة مواضع وذكرها، ثم قال: ولكن ذكر ابن شاس أن الأصحاب تأولوا ما في المدونة من تجويز العقد بالسوق على سلعة في البيت على ما إذا كان في رؤيتها مشقة وكلفة. انتهى. فظاهر كلامه التسوية بين ما كان حاضرا عند المتعاقدين وبين ما كان غائبا عنهما وهو بالبلد، وهو خلاف ما يفهم من كلام ابن عبد السلام وابن عرفة، والظاهر ما قالاه، فتحصل من هذا أن ما كان حاضرا عند المتعاقدين لا يجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور إلا إذا كان في رؤيته عسر أو فساد كما تأول الأشياخ مسألة الصندوق، وكما تقدم في بيع الجزاف أنه يجوز بيع جرار الخل المطينة على الصفة خوف فسادها إذا فتحت، وأما مسألة المدونة التي ذكرها ابن عرفة في بيع ثياب مطوية فهي في أول كتاب الغرر.

قال أبو الحسن: وظاهرها جواز بيع حاضر المجلس على الصفة إلا أن يقال هذا المفهوم لا معول عليه لأنه في السؤال، أو يقال قوله: "لم ينشرها" يعني الحاضرة، وقوله: "ولا وصفت له" يعني الغائبة عن المجلس، وأما [ما كان[321]] غائبا [عن[322]] مجلس العقد وهو حاضر البلد فالذي رجحه ابن عبد السلام وابن عرفة وحملا عليه المدونة الجواز، والذي يفهم من كلام المصنف أنه مشى على ما ذكره ابن شاس فلا يجوز بيعه على الصفة إلا إذا كان في رؤيته مشقة، وأما الغائب عن البلد فيجوز بيعه بالصفة ولو كان على مسافة يوم، وظاهر كلامهم أن ما كان دون مسافة اليوم فهو في حكم حاضر البلد فيأتي فيه ما تقدم. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: فهم مما تقدم أن هذا الشرط أيضا في بيع الغائب على الصفة باللزوم، وأما إذا بيع بالخيار فلا، وفي مسألة السلم الثالث من المدونة المتقدم ذكرها في آخر الكلام على قوله: "وغائب ولو بلا وصف" وهي قولها: وإذا اشتريت سلعة ثم وليتها رجلا ولم تسمها ولا ثمنها إلى آخرها إشارة إلى ذلك. والله أعلم.

الثاني: ما تقدم من منع الساج المدرج هو أحد القولين، وهو مذهب الموطإ، وقال في التوضيح إنه المشهور، ولا بد أن يقيد بما إذا لم يكن في فتحه فساد، وإلا فيجوز كما في بيع البرنامج، وقد أشار إلى ذلك اللخمي كما ذكر ابن عرفة، ونصه: وفي جواز بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة، نقل اللخمي [روايتي[323]] محمد، قال في الأولى على صفته أو على أن ينشره. اللخمي: إن كان لا مضرة في إخراجه من جرابه جرى على الخلاف في بيع الحاضر على الصفة، وإلا جرى على الخلاف في بيع البرنامج، وجعل في المقدمات الخلاف في الثوب الذي يغيره ترداد نشره على السوام وتقليبهم إياه. قال: وأما الثوب الذي ليس على هذه الصفة فلا ينبغي أن يختلف فيه.

قلت: ولعله يريد التغير الخفيف، وأما ما كان نشره [ينقصه[324]] كثيرا كالبيارم ونحوها فالظاهر ما قاله اللخمي أنه كالبرنامج.

الحديث ....

321 *- في المطبوع "إن كان" وما بين المعقوفين من يحيى42 وسيد18.

322 *- في المطبوع وم117 من وما بين المعقوفين من يحيى42 وسيد18.

323 - في المطبوع رواية وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 وم117 ويحيى42 وسيد18.

324 - في المطبوع ينقضه وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 وم118 ويحيى43 وسيد18.

نص خليل وَالنَّقْدُ فِيهِ وَمَعَ الشَّرْطِ فِي الْعَقَارِ.

متن الحطاب **الثالث:** الظاهر أن البيع على رؤية متقدمة لا يشترط فيه هذا الشرط فيجوز بيعه، وإن كان حاضرا بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية إذا لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بعدها. فتأمله.

ص: والنقد فيه ش: أي وجاز النقد في بيع الغائب من غير شرط مطلقا، سواء كان عقارا أو غيره، سواء كان مثليا أو غيره على ظاهر المدونة خلافا لابن محرز.

تنبيه: وهذا فيما إذا بيع الغائب على الصفة أو على الرؤية المتقدمة باللزوم بلا خلاف. قاله الرجراجي/ في كتاب الغرر، وأما إذا بيع على خيار فلا يجوز النقد فيه كما سيأتي في فصل الخيار وذكره ابن عرفة هنا. 299

ص: ومع الشرط في العقار ش: أي وجاز النقد في العقار [بشرط لأمنه[325]].

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: وإنما يجوز اشتراط النقد في العقار على المذهب إذا لم يشترها بصفة صاحبها، وهذا لا يحتاج إليه على القول الذي مشى عليه المصنف.

الثاني: قال في التوضيح: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافا، وأما إذا بيع مذارعة فلا يجوز النقد فيه. قاله أشهب في العتبية، وكذلك قال مالك: من اشترى دارا غائبة مذارعة لم يجز النقد فيها كذلك الحائط على عدد النخل. قال مالك في العتبية: وضمانها من بائعها. اهـ. وهذا ظاهر في الأرض البيضاء، وأما مسألة الدار فذكرها في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من جامع البيوع فقال ابن رشد: إنما لا يجوز النقد فيها إذا كان البائع هو الذي قال إن فيها كذا وكذا ذراعا، وأما إن قال ذلك غير البائع من مخبر أو رسول فالنقد في ذلك جائز. اهـ. فجعل ذلك بمنزلة من اشترى على الصفة، وذلك أن ذرع الدار إنما هو كالصفة لها.

قال في أول سماع أشهب: قال مالك في الدار الغائبة تشترى بصفة: لا يجوز أن يشتريها إلا مذارعة. قال ابن رشد: قوله معناه أنه لا بد في صفتها من تسمية ذرعها فقال أشتري منك الدار التي ببلد كذا بموضع كذا، وصفتها كذا، وذرع مساحتها في الطول كذا وكذا، وفي العرض كذا وكذا، وطول بيتها كذا وكذا، وعرضه كذا وكذا حتى يأتي على جميع مساكنها ومنافعها بالصفة والذرع، ولو وصف بناءها وذكر صفة أنقاضها وهيئة مساكنها وقدرها في الكبر أو الصغر أو الوسط، واكتفى عن تذريعها بأن يقال على أن فيها كذا وكذا ذراعا لجاز ذلك، والأول أتم وأحسن، وليس المعنى أنه لا يجوز أن يشتريها على الصفة إلا كل ذراع بكذا ما بلغت، بل لا يجوز ذلك إلا أن يكون قد رأى الدار ووقف عليها كالأرض، ولا يجوز شراؤها على الصفة كل ذراع بكذا دون أن يراها كالصبرة لا يجوز شراؤها على الصفة كل قفيز بكذا دون أن يراها، وقد اختلف إذا باع الدار والأرض والخشبة والشقة على أن فيها كذا وكذا ذراعا، فقيل ذلك بمنزلة من باع من ذلك كذا وكذا ذراعا، فإن وجد أكثر مما سمى كان البائع شريكا بالزيادة، وإن وجد أقل فكاستحقاق بعض المشترى، وقيل إن ذلك كالصفة، فإن وجد أكثر كان للمبتاع، وإن وجد أقل كان بمنزلة العيب. والله أعلم.

الحديث ....

[325] – في المطبوع بشرطه لا منه وما بين المعقوفين من م118.

نص خليل

وَضَمِنَهُ الْمُشْتَرِي وَفِي غَيْرِهِ إنْ قَرُبَ كَالْيَوْمَيْنِ وَضَمِنَهُ بَائِعٌ إلاَّ لِشَرْطٍ أَوْ [مُنَازَعَةٍ[326] س] وَقَبْضُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَحَرُمَ فِي نَقْدٍ [وَطَعَامٍ[327] س] رِبَا فَضْلٍ وَنَسَاءٍ.

متن الحطاب

الثالث: إذا لم يشترط النقد في بيع العقار فهل يجبر عليه المشتري بالحكم أو لا يجبر؟ قولان. قال الرجراجي: الصحيح أنه لا يجبر، وأما غير العقار فلا يجبر فيه على النقد اتفاقا. قاله الرجراجي ونقله في التوضيح. قال الرجراجي: فإن طلب البائع إيقاف الثمن هل يمكن منه أو لا؟ قولان.

ص: **وضمنه المشتري** ش: يعني أن ضمان العقار من المشتري، سواء بيع بشرط النقد أو بغير شرط النقد، وظاهر كلام ابن عبد السلام والشيخ خليل أن قولي مالك جاريان فيه والذي في كتاب الغرر من المدونة أنه في ضمان المبتاع على كلا القولين، قال في كتاب الغرر منها: قال ابن القاسم: وما ثبت هلاكه من السلع الغائبة بعد الصفقة وقد كان يوم الصفقة على ما وصف [المبتاع،[328]] أو على ما كان رأى فهي من البائع إلا أن يشترط أنها من المبتاع، وهو آخر قولي مالك، وكان مالك يقول إنها من المبتاع إلا أن يشترط أنها من البائع حتى يقبضها ثم رجع إلى هذا والنقص والنماء كالهلاك في القولين، وهذا في كل سلعة غائبة بعيدة الغيبة أو قريبة الغيبة خلاف الدور والأرضين والعقار فإنها من المبتاع من يوم العقد في القولين وإن بعدت.

ص: **وفي غيره إن قرب** ش: أي وجاز النقد في غير العقار بشرط إن قرب؛ يريد أيضا ووصفه غير بائعه كما قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع./ 300

ص: **وضمنه بائع** ش: أي وضمان غير العقار من البائع، سواء بيع بشرط النقد أو لا.

ص: **إلا لشرط** ش: انظر هل هو راجع لغير العقار، أو راجع إلى العقار أيضا؟ وقال ابن عرفة: ظاهر قولها: الدور والأصول من المبتاع على كل حال أنه كذلك ولو شرطه على البائع. وقال في معين الحكام: أجاز في المدونة اشتراط نقل هذا الضمان بأن يشترط البائع على المشتري في أصل العقد وإن وقع العقد بغير شرط إلا أنه نقل بعد العقد ففي ذلك قولان في المذهب. انتهى. ونقلهما في التوضيح.

ص: **وقبضه على المشتري** ش: قال في التوضيح: ذكر اللخمي أن من اشترى شيئا غائبا فعليه أن يخرج لقبضه ولا يكون على البائع أن يأتي به. اهـ. وقال في المسائل الملقوطة: قال اللخمي: إن من اشترى شيئا غائبا فعليه أن يخرج لقبضه ولا يكون على البائع الإتيان به فإن شرط ذلك على البائع وأنه في ضمانه حتى يقبضه لم يجز وكان بيعا فاسدا وتكون مصيبته إن هلك قبل وصوله من بائعه وإن شرط ضمانه من حين الإتيان به من مشتريه فجائز وكان بيعا وإجارة، فإن هلك قبل خروجه به من موضع بيع فيه أو في الطريق حط عن المشتري من الثمن بقدر الإجارة. اهـ من الجزولي. اهـ كلام المسائل الملقوطة.

ص: **وحرم في نقد وطعام ربا فضل ونساء** ش: مراده رحمه الله أن يبين أن ربا الفضل والنساء

الحديث

....

[326] س – في حاشية مصطفى قوله أو منازعة تت وقع في نسخة الشارح وضمنه المشتري أي بدل قوله وضمنه بائع ونسخته ومع الشرط في العقار وفي غيره إن قرب كاليومين وضمنه المشتري إلا لشرط أو منازعة هكذا في الشارح في صغيره وهو صواب هـ انظر تمام كلامه.

[327] س – نسخة الميسر وطعام ربا فضل ونساء.

[328] * – كذا في م118 ويحيى43 وسيد18 ولعلها (للمبتاع)

نص خليل لاَ دِينَارٌ وَدِرْهَمٌ [أَوْ غَيْرُهُ[329] نس] بِمِثْلِهِمَا.

متن الحطاب يدخلان في النقد والطعام من حيث الجملة ولا يدخلان في غيرهما من حيوان أو عروض أو غير ذلك، وأما تفصيل ذلك أعني ما يدخلان فيه معا وما يدخل فيه ربا النساء خاصة فيؤخذ مما يأتي، ولو ذكره هنا لكان أوضح وأحسن فيقول وحرم ربا [فضل[330]] ونساء في نقد وربوي إن اتحد الجنس وإلا فالنساء وإن غير ربويين، وقد علم أن كل ما يدخله ربا الفضل فإن ربا النساء يدخله، وليس كل ما يدخله ربا النساء يدخله ربا الفضل كالطعام الذي ليس بربوي، وما ذكره من أن غير النقد والطعام لا يدخله ربا الفضل والنساء هو كذلك، وفي حديث مسلم أنه صلى الله عليه وسلم اشترى[1] عبدا بعبدين. قال القرطبي: فيه دليل على جواز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا نقدا، وهذا لا يختلف فيه وكذا في سائر الأشياء ما عدا ما يحرم التفاضل في نقده من الربويات. اهـ.

فائدة: الربا مقصور من ربا يربو فيكتب بالألف، وتثنيته ربوان، وأجاز الكوفيون كتابته وتثنيته بالياء بسبب الكسرة في أوله، وغلطهم البصريون، قال العلماء: وقد كتبوه في المصحف بالواو فقيل لأن أصله الواو، وقال الفراء إنما كتبوه بالواو؛ لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة ولغتهم الربوا فعلموهم صورة الخط على لغتهم. قال: وكذا قرأها أبو [السمال[331]] العدوي بالواو، وقرأ حمزة والكسائي بالإمالة بسبب كسرة الراء، وقرأ الباقون بالتفخيم لفتحة الباء، [ويجوز[332]] كتابته بالألف/ والواو [والياء.[333]] قال أهل اللغة: والرماء بالميم المفتوحة والمد هو الربا. قاله في النهاية 301 وكذا الربية بضم الراء والتخفيف لغة في الربا، وأصل الربا الزيادة يقال ربا الشيء يربو إذا زاد، واختلف في ضبط قراءة العدوي فقيل بفتح الباء، وقيل بضمها نقلهما السمين في إعرابه.

فائدة: قوله في الحديث: {لا تشفوا بعضها على بعض[2]} وهو بضم التاء وكسر الشين المعجمة أي لا تفضلوا، والشف بكسر الشين الزيادة ويطلق على النقصان فهو من الأضداد وقوله إلا هاء هاء فيه لغتان القصر والمد وهو أشهر والهمزة مفتوحة أي خذ وهو اسم فعل، وفيه لغة بكسر الهمزة وأصله هاك فالهمزة بدل الكاف.

ص: **لا دينار ودرهم أو غيره بمثلهما** ش: كذا في أكثر النسخ بلا العاطفة النافية ورفع دينار وعطف درهم بالواو وعطف غير بأو وفي بعضها عطف غير بالواو أيضا، وأما النسخة التي ذكرها ابن غازي فقليلة والمعطوف عليه على النسختين المشهورتين محذوف، والتقدير فيجوز ما سلم من ربا الفضل والنساء لا دينار ودرهم بمثلهما ولا دينار وغير الدرهم من عرض أو حيوان أو غير ذلك بمثلهما؛ أي بمثل الدينار وذلك الغير، وهذا ظاهر على النسخة الأولى، وأما على النسخة الثانية

الحديث [1] – عن جابر قال جاء عبد فبايع النبي صلى الله عليه وسلم على الهجرة ولم يشعر أنه عبد فجاء سيده يزيده فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بعنيه فاشتراه بعبدين أسودين ثم لم يبايع أحدا بعد حتى يسأله أعبد هو، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1602.

2- لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2177، دار الفجر، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1584، دار إحياء التراث العربي بيروت.

---

[329] نس – وغيرهما نسخة.

[330] – في المطبوع وفضل وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 وم118 ويحيى43 وسيد18.

[331] – في المطبوع سماك وم118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 (وفي يحيى44 أبو ممال) وسيد18.

[332] *– في يحيى44 وتجوز.

[333] *– في المطبوع والباء وما بين المعقوفين من م118 ويحيى44 وسيد18.

نص خليل وَمُؤَخَّرٌ وَلَوْ قَرِيبًا.

متن الحطاب فتكون الواو العاطفة [للدرهم[334]] بمعنى أو، والمعنى لا يجوز دينار وغيره أو درهم وغيره بمثلهما؛ أي بمثل الدينار وغيره ومثل الدرهم وغيره، فضمير مثلهما يعود على الدينار وغيره في صورة، وعلى الدرهم وغيره في صورة، وهذه مماثلة للنسخة التي ذكرها ابن غازي في المعنى، ويدخل في عموم غيره دينار ودرهم بمثلهما، والعلة في منع جميع ذلك ما ذكره الشارح. قال في المدونة في كتاب الصرف: وأصله قول مالك في بيع ذهب بفضة مع أحدهما أو مع كل منهما سلعة، فإن كانت سلعة يسيرة تكون تبعا جاز، وإن كثرت السلعة لم يجز إلا أن يقل ما معها من ذهب أو فضة، وهذا كله نقدا، وإن كان الذهب والورق والعرضان كثيرا فلا خير فيه، ولا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب، ولا بيع إناء مصوغ من ذهب بذهب وفضة، ولا يباع حلي فيه ذهب وفضة بذهب ولا بفضة نقدا، كانت الفضة الأقل أو الذهب كالثلث أو أدنى، ويباع بالعروض والفلوس، وأجاز أشهب وعلي بن زياد أن 302 يباع بأقلهما/ فيه إذا كان أقلهما الثلث أو أدنى، ورواه علي عن مالك. انتهى.

فرع: قال في كتاب [الآجال[335]] من المدونة: ولا بأس أن تبيع عبدك بعشرة دنانير من رجل على أن يبيعك الرجل عبده بعشرة دنانير أو بعشرين دينارا سكة لأن المالين مقاصة، فأما إن شرطا إخراج المالين أو [أضمراه[336]] إضمارا يكون كالشرط عندهما لم يجز، ثم إن أرادا بعد الشرط أن يدعا التناقد لم يجز لوقوع البيع فاسدا. انتهى. قال عياض: مفهومه إذا عرا من الشرط وأخرجا الدنانير لم يضر ذلك؛ لأنهما لم يعقدا قولهما على فساد ولا أفضى فعلهما إليه. انتهى. وذكر ابن رشد المسألة في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب السلم والآجال: ولو تبايعا على أن يتقاصا فلم يتقاصا وتناقدا الدنانير لوجب على أصولهم أن ترد إلى كل واحد منهما دنانيره، ولا يفسخ البيع بينهما لوقوعه على صحة. انتهى.

قلت: يظهر من كلامه أنه مخالف لكلام القاضي عياض، فإن ظاهر كلام القاضي أنه إذا عرا البيع من شرط عدم المقاصة جاز البيع ولو أخرجا الدنانير، ولا يلزمان بردهما إلا أن يقيد كلامه بأن معناه أن البيع صحيح وترد الدراهم فيكون موافقا لكلام ابن رشد، بل فيه فائدة أنه يجوز البيع إذا لم يشترطا عدم المقاصة.

فرع: قال ابن سهل في أحكامه في أول البيوع: قال القاضي: وسألت أبا المطرف بن أبي سلمة عن بيع الذهب المغزول المحمول على الجلد هل يجوز بيعه بالذهب؟ فقال لا يجوز؛ لأنه التفاضل بين الذهبين، ويجوز بيعه بالذهب يدا بيد وهو عندي صواب. انتهى.

ص: **وبمؤخر ولو قريبا** ش: هو معطوف على قوله لا دينار؛ أي فبسبب حرمة ربا الفضل حرم ما تقدم وبسبب حرمة ربا [النساء[337]] حرم ما تأخر فيه أحد النقدين، وهذا نحو قول ابن الحاجب:

الحديث ....

[334] *- في المطبوع للدراهم وما بين المعقوفين من م119 ويحيى44 وسيد18.

[335] - في المطبوع الأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 ويحيى44 وسيد18 وم119.

[336] - في المطبوع أضمره وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 وم119 وسيد18.

[337] *- في المطبوع وسيد19 النسا وما بين المعقوفين من م119 ويحيى44.

نص خليل ....

متن الحطاب

والمفارقة تمنع المناجزة، وقيل إلا القريبة. قال في التوضيح: المشهور الأول فقد قال مالك في المدونة في الذي يصرف دينارا من صيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني. وإذا قال هذا في [هذا[338]] التأخير اليسير فما بالك بغيره؟ قوله: "وقيل إلا القريبة" ليس هذا القول على إطلاقه، بل [مقيد[339]] بما إذا كانت المفارقة القريبة بسبب يعود بإصلاح على العقد كما لو فارقه الحانوت والحانوتين لتقليب ما أخذه أوزنته، وهذا مذهب الموازية والعتبية، وحمله المصنف كاللخمي على الخلاف، وتأوله صاحب البيان على الوفاق فقال: وقد قيل إن ما في العتبية مخالف لما في المدونة، وليس هو عندي خلافا لأنهما في مسألة المدونة [فأما[340]] بعد عقد التصارف وقبل التقابض من مجلس إلى مجلس ولا ضرورة تدعو إلى ذلك، ومسألة [العتبية[341]] إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة. انتهى.

تنبيهات: الأول: قد يتبادر من كلام التوضيح ومن كلام الشارح أن مسألة المدونة التي ذكرها وهي إدخال الصيرفي الدينار تابوته قبل أن يخرج الدراهم ممنوعة وليس كذلك، وإنما هي مكروهة، ولفظ التهذيب: وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم، ولكن يدعه حتى يزن دراهمه فيأخذ ويعطي. قال أبو الحسن: الكراهة على بابها، وبها استشهد اللخمي بكراهة التأخير اليسير. ثم قال: قال محمد وليرد ديناره إليه ثم يتناجزا، وكل هذا حماية ولا يفسد به الصرف. وقال ابن عرفة: وعقد الصرف على مرئي كمال وعلى حاضر غيره جائز. انتهى. وقال في الطراز: كره أن يقبض أحد المتعاقدين عوض صاحبه ويحوزه، ثم يتراخى إقباضه إياه العوض الثاني إلا أن ذلك إذا كان بفورهما لا يفسد العقد كما لو وضعه في صندوق بين أيديهما، أو كأنهما في حالة العقد وفي عمله، وهكذا عند محمد أن ذلك إن وقع لا يفسد الصرف. قال: وليرد ديناره إليه ثم يتناجزاه. قال: لكن هو مكروه [لمضارعته مغيب ما حضوره[342]] شرط في العقد. انتهى. بل صرح المصنف بعد هذا في شرح قول ابن الحاجب: وفي غيبة النقد المشهور المنع أن مذهب المدونة في هذه الصورة الكراهة،/ ولم أر أحدا حملها على المنع. والله أعلم.

303

الثاني: ظاهر كلامه في التوضيح أن القيام على الحانوت أو الحانوتين للوزن والتقليب ممنوع على المشهور ولو كان ذلك بعد التقابض على تأويل اللخمي، خلافا لما تأوله ابن رشد، ولم أر من تأول ذلك على المنع، أما اللخمي فإنه حكى في التأخير اليسير قولين بالتخفيف والكراهة، وعزا الأول للموازية والثاني للمدونة، وظاهر ذلك سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، ونص كلامه: وإن طال ما بين العقد والمناجزة بين المتصارفين، إما لغيبة النقدين أو لأحدهما وقصد التأخير مع بقاء [المجلس[343]] أو افترقا أو قاما جميعا إلى موضع غير الذي عقدا فيه الصرف فسد متى وقع الطول

الحديث ....

338 – ساقطة من المطبوع وم119 وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 وسيد19 (وفي يحيى44 وإذا قال في هذا التأخير).

339 – في المطبوع مقيدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 وم119 ويحيى44 وسيد19.

340 – ساقطة من المطبوع ووردت في م119 والتوضيح، ج5 ص255.

341 – في المطبوع المدونة وما بين المعقوفين من م119 والتوضيح، ج5 ص255.

342 *– في المطبوع المضارعة معيب ما حضروه وما بين المعقوفين من م119 ويحيى44 وسيد19.

343 – في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 وم119 ويحيى44 وسيد19.

نص خليل ....

متن الحطاب بشيء من هذه الوجوه، واختلف إذا كان التأخير يسيرا ولم يطل؛ فكرهه مالك مرة، واستخفه أخرى. فقال في كتاب محمد فيمن صرف دراهم بدنانير فقال: اذهب بها إلى الصراف فأرى وأزن. قال: أما الشيء الخفيف فأرجو أن لا يكون به بأس. قال: وقد يشبه ما إذا قاما إليه جميعا فأجاز القيام والافتراق عن المجلس إذا كان يسيرا، وعلى هذا يجوز العقد على ما هو غائب عنهما على مثل ذلك القرب إذا كان في ملكه.

وقال في المدونة في الذي يصرف دينارا من صراف فيزنه ويدخله تابوته: لا يعجبني، وليترك الدينار على حاله حتى يخرج دراهمه فيزنها، ثم يأخذ الدينار ويعطي الدراهم. قال محمد: وليرد ديناره إليه ثم يتناجزان، وهذا كله حماية ولا يفسد به صرف. انتهى. ونقله عنه ابن عرفة فقال: وفي يسير التأخير طرق اللخمي في خفته وكراهته قولان؛ لرواية محمد من صرف دراهم بدينار وقال اذهب إلى الصراف ليرى ويزن لا بأس بما قرب منه، وقوله فيها: أكره أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم بل يدعه حتى يزن فيأخذ ويعطي، ثم ذكر طريقة غيره، لكنه عزا المسألة لسماع ابن القاسم وليست فيه، إنما هي في سماع أشهب، ونصها في أول رسم منه:

سئل مالك عن الرجل يصرف من الصراف دنانير بدراهم ويقول له اذهب بها فزنها عند هذا الصراف وأره وجوهها، وهو قريب منه فقال: أما الشيء القريب فأرجو أن لا يكون به بأس، وهو يشبه عندي ما لو قاما إليه جميعا، فأرجو أن لا يكون به بأس، فقيل لمالك لعله يقول قبل أن يجب الصرف بينهما أصارفك على أن أذهب بها إلى هذا فيزنها وينظر إليها فيما بيني وبينك؟ قال: هذا قريب فأرجو أن يكون لا بأس به. ابن رشد: استخف ذلك للضرورة الداعية؛ إذ غالب الناس لا يميزون النقود، ولأن التقابض قد حصل بينهما قبل ذلك فلم يكونا بفعلهما هذا مخالفين لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء[1]} ولو كان هذا المقدار لا يسامح فيه في الصرف لوقع الناس بذلك في حرج شديد، والله تعالى يقول: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ وأما قوله: وهو يشبه عندي أن لو قاما إليه جميعا.

فلا شك أن قيامهما إليه جميعا بعد التقابض أحب من قيام أحدهما إليه وحده، وقيل إن قوله هذا مخالف لكراهته في المدونة أن يتصارفا في مجلس ثم يقومان فيزنان في مجلس آخر، وليس عندي هذا خلافا له؛ لأن مسألة المدونة [قاما[344]] بعد عقد التصارف وقبل التقابض من مجلس إلى مجلس، ولا ضرورة تدعو إلى ذلك، وهذه المسألة إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة الماسة في ذلك. انتهى. فانظر كلام ابن رشد فليس فيه إجازة التأخير القريب، بل لا بد عنده من التقابض، ومسألة المدونة التي أشار إليها ابن رشد هي قولها: "وأكره أن يصارفه في مجلس ويناقده في مجلس آخر".

قال أبو الحسن: الكراهة هنا على المنع، وقال في الطراز في شرحها: للمسألة صورتان: إحداهما أن يعقد معه الصرف ويريه الذهب فيقول اذهب لأريه وأزنه فهو الذي وقع فيه الكراهة، واختلف فيه القول، والثانية أن يزن له الذهب ويتقابضا جميعا ثم يبقى في نفس أحدهما

الحديث 1- ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، رقم الحديث 2259، دار إحياء التراث العربي، مسند أحمد، ج1 ص35، دار الفكر.

[344] – في المطبوع فأما وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 وم119 ويحيى45 وسيد19.

نص خليل ....

متن الحطاب 304 شيء/ فيقول أذهب لأستعيره فهذا لا يضر الصرف؛ لأنه قد تم شرطه الذي هو القبض. انتهى. وقوله: "لأستعيره" معناه أزنه من العيار فقد علم أنه إذا تقابضا العوضين ثم قاما معا أو قام أحدهما إلى الحانوت والحانوتين للوزن والتقليب فذلك جائز، ولا يفسد به الصرف وإذا وجد فيه ما يستحق البدل أبدله ولا ينتقض بذلك الصرف كما يفهم مما تقدم، وقوله في الطراز إثر كلامه المتقدم: "وله أن يستعير ذلك من غير إذن صاحبه فإن وجده ناقصا ومعه بينة لم تفارقه، أو صدقه ربه فله فسخ العقد، وإن لم تكن له بينة فله أن يحلفه" إنما يعني به إذا اطلع على شيء بعد الطول كما سيأتي في كلام المصنف.

الثالث: إنكاره في التوضيح القول الثاني الذي حكاه ابن الحاجب تبع في ذلك ابن عبد السلام، وتبعه ابن عرفة فاعترض على ابن شاس وابن الحاجب في حكايته، ونصه: وقول ابن شاس إن المفارقة قبل التقابض إن بعدت اختيارا [أبطلت[345]]، وكذا طول المجلس، وإن لم يفترقا وإن قربت فالمشهور الإبطال والتصحيح في الموازية وقول ابن الحاجب المفارقة اختيارا تمنع المناجزة، وقيل إلا القريبة يقتضي وجود القول بالصحة في قريب مفارقة أحدهما الآخر قبل مطلق القبض وإن لم يكن من تمام الصرف ولا أعرفه، ولا يؤخذ مما تقدم يريد ما تقدم من كلام اللخمي وابن رشد، وقال قبله: وقول سند أباح مالك القيام من المجلس للقبض مما هو في حكم المجلس لا أعرفه.

قلت: وانظر قول ابن شاس وابن الحاجب المفارقة هل معناه مفارقة أحدهما الآخر، أو مفارقة المجلس الذي عقدا فيه الصرف أو ما هو أعم من ذلك، وهذا هو الظاهر؟ ويظهر من كلام اللخمي المتقدم أنه فهم من الموازية جواز ذلك، وكذلك صاحب الطراز، بل كلامه صريح في ذلك. قال في شرح قوله من المدونة في مسألة تسلف أحدهما إن كان قريبا ولا يقومان إلى موضع يزنها فيه ويتناقدان في مجلس سوى المجلس الذي تصارفا فيه: ظاهره يقتضي تعيين مجلس الصرف، ولا يجوز مفارقته قبل التقابض ويختلف فيما قرب. ثم ذكر كلام العتبية والموازية. ثم قال: فأجاز القيام عن مجلس العقد إلى غيره. قال الباجي في هذه الرواية: معناه أن يكونا لقربهما في حكم المتجالسين فأما إن تباعد ذلك حتى يرى أنه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ويفسد به العقد.

وقال أصحاب الشافعي لا بأس أن يصطحبا من محلهما إلى غيره ليوفيه لأنهما لم يفترقا، ثم رد عليهم. ثم قال: إذا ثبت ذلك فالقياس يوجب فساد العقد، ورده متى وقع وهو ظاهر الكتاب حيث شرط أن لا يتناقدا في مجلس غير المجلس الذي تصارفا فيه والاستحسان أن يغتفر في ذلك ما قرب لأن الحاجة تمس في اعتبار الوزن وانتقاد العين مع أن القرب في حكم الفور، وسوى مالك في الاستحسان بين أن يذهبا جميعا أو يذهب أحدهما. ثم قال في شرح مسألة إذا [عاقده[346]] ثم مضى معه إلى الصيارفة ما نصه: إذا تصارفا في مجلس وتقابضا في مجلس آخر فالمشهور منع ذلك على الإطلاق، وقيل يجوز فيما قرب. انتهى.

الحديث ....

[345] – في المطبوع بطلت وما بين المعقوفين من ابن شاس، ج2 ص360.

[346] – في المطبوع عقده وم120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص304 ويحيى45 وسيد19.

نص خليل ....

متن الحطاب **الرابع**: إذا علم ذلك فقول المصنف ومؤخر ولو قريبا معناه يحرم الصرف المؤخر قبض عوضيه أو أحدهما عن محل العقد ولو كان التأخير قريبا ويتنزل منزلة ذلك ما إذا تراخى القبض عن العقد وهما بالمجلس تراخيا طويلا، وأما إذا كان يسيرا فإنه لا يفسد العقد وإن كان مكروها فقد تقدم أنه كره للصيرفي إدخال الدينار تابوته قبل إخراجه الدراهم، وفي الموازية عن ابن القاسم أنه كره لمن ابتاع ألف درهم بدينار فوزن ألف درهم أن يزن ألفا أخرى قبل فراغ دنانيره الأولى. ذكره ابن يونس [وأبو الحسن،[347]] وذكر ابن جماعة في باب المناجزة في الصرف أنه لا يجوز لمن باع طعاما بطعام أن يتشاغلا ببيع آخر حتى يتناجزا لأنه كالصرف، فإن تشاغلا ببيع آخر ولم يطل كان مكروها وإن طال كان العقد الأول فاسدا. قال:/ وكذلك في مسألة الرد في الدرهم وقبله شارحه ووجهه بأنه صرف، 305
وقال في المدونة على اختصار ابن يونس فيمن اشترى سيفا محلى بالفضة كثير الفضة نصله تبع لفضته بعشرة دنانير فقبضه ثم باعه مكانه من رجل إلى جنبه قبل النقد ثم نقد الثمن مكانه فكان ينبغي أن لا يبيع السيف حتى يدفع الثمن، فإذا وقع ذلك ونقده مكانه لم ينقض البيع ورأيته جائزا، وأما إن قبض المبتاع السيف وفارق البائع قبل أن ينقده الثمن فسد البيع ثم إن باعه فبيعه جائز ويضمن المبتاع الأول لبائعه قيمة السيف من الذهب يوم قبضه كبيع فاسد فات بالبيع.
وقال صاحب الطراز: وجملة ذلك أن المعقود عليه ثمن ومثمن، فالثمن الدنانير والدراهم وما عدا ذلك مثمنات؛ فإن وقع العقد على دنانير بدنانير أو بدراهم أو على دراهم بدنانير أو دراهم، وقال كل واحد من المتعاقدين لا أدفع حتى أقبض لم يتعين على أحدهما وجوب التسليم قبل الآخر، وقيل لهما إن تراخى [قبضكما[348]] عن العقد انفسخ الصرف، فإن كانا بحضرة تحاكم ففي الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم يوكل من يحفظ علاقة الميزان ويأمر كل واحد أن يأخذ عين صاحبه من الكفة التي هو بها وفي الدراهم بالدنانير يوكل عدلا يقبض منهما ويسلم لهما جميعا معا فيقبض من هذا في وقت قبض هذا، وإن وقع العقد في شيء من المثمنات كعرض بعرض وتشاحا في الإقباض فعلى ما ذكرنا في الذهب والورق إلا أن العقد لا يفسخ بتراخي القبض عنه ولا بافتراقهما من مجلسه، وإن وقع العقد بشيء من المثمنات بشيء من الأثمان، ومنه مسألة الكتاب فقال ابن القاسم يلزم المبتاع تسليم الثمن. أولا. ثم قال: إذا ثبت ذلك ينبغي إن كان الصرف في ثمن ومثمن أن لا يقبض المشتري المثمن حتى يدفع الثمن؛ لأن الصرف بيع وقبضه كقبضه، وإنما يتميز الصرف بأن القبض فيه حق للشرع فإن قبض فيه المثمن قبل الثمن لم يضر العقد؛ لأن المراد باشتراط القبض المناجزة وهي حاصلة، أما إذا تسلم السيف مبتاعه فباعه قبل أن ينقد ثمنه لم يجز الصرف. قال الباجي: وكذلك إذا قبض أحد المتصارفين فإن كان بالفور ونقد ثمنه قبل أن يذهب مبتاع السيف به جاز؛ لأن المراعى في الصرف القبض قبل تفرق المتصارفين وقبل غيبة أحد العوضين، وإن ذهب بالسيف مبتاعه قبل أن ينقد بائعه ثمنه لم يجز الصرف.
قال الباجي: وكذلك إذا قبض أحد المتصارفين الدنانير فأنفذها إلى بيته ثم دفع الدراهم لم

الحديث ....

[347] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص304 وم120 ويحيى45 وسيد19.
[348] - في المطبوع قبضهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص305 وم120 ويحيى46 وسيد19.

نص خليل ....

متن الحطاب يجز. ثم قال: ولو باع السيف مبتاعه وهو بيد بائعه الأول ثم نقد ثمنه وتسلمه من بائعه ثم سلمه جاز. قال في الموازية: وهو في سماع أصبغ إن صرفت دراهم ثم بعتها في مقامك قبل أن تقبضها فذلك جائز إن قبضتها أنت فدفعتها إلى مبتاعها منك وإن أمرت الصراف يدفعها إليه فلا خير فيه. قال في الموازية: وإن لم تبرحا بعتها بعرض أو بدنانير. انتهى مختصرا وبعضه بالمعنى. ومسألة العتبية التي ذكرها هي في رسم البيوع الثاني من السماع المذكور من كتاب الصرف، وزاد ولو باعها من الصراف نفسه قبل أن يقبضها من الصراف بما يجوز له بيعه لم يكن به بأس. قال ابن رشد: أما قوله لا يجوز بيعها قبل قبضها إلا أن يقبضها هو صحيح في مذهبه على أن الحوالة لا تجوز في الصرف وإن قبض المحال بحضرة المحيل، وعلى قول سحنون بإجازة ذلك إذا قبض المحال بحضرة المحيل يجوز إذا قبضها المشتري بحضرته، وأما بيعه إياها من الصراف نفسه فجائز على ما قال إذا باعها بما يجوز له بيعها منه وهو يجوز له أن يبيعها منه بما شاء من العروض. انتهى.

وقال في المسائل الملقوطة في المسائل التي انفرد بها مالك: من باع من رجل دراهم بدنانير وقبض الدنانير ثم باعه بالدراهم عرضا جاز. انتهى. بخلاف ما إذا أراد أن يصرف منه الدنانير بدراهم فإنه لا يجوز حتى يطول الفصل بين الصفقتين. انظر كتاب/ الصرف من المدونة. 306

وقال في المدونة: وإن صرفت من رجل دينارا بدراهم فلم يقبضها حتى أخذت منه بها سلعة أو قبضت منه نصفها وأخذت بنصفها سلعة مكانك فذلك جائز، وإن رددت السلعة بعيب رجعت بدينارك، ولو صرفت منه بدراهم على أن تأخذ منه بها سمنا أو زيتا نقدا أو مؤجلا أو على أن تقبضها ثم تشتري بها هذه السلعة فذلك جائز، وإن رددت السلعة بعيب رجعت بدينارك؛ لأن البيع إنما وقع بالسلعة واللفظ لغو.

الخامس: إذا وقع التقابض في الصرف ثم أودع أحدهما ما قبضه عند الآخر لم يجز. قاله في رسم شك من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: إنما لم يجز ذلك لأنه آل إلى الصرف المتأخر فإنهما على القصد إلى ذلك ولو صح ذلك منهما لم يكن عليهما فيه حرج، وقد أجاز ذلك ابن وهب في سماع أبي جعفر إذا طبع عليه وهو بعيد؛ لأن الطبع عليها لا يدفع التهمة بخلاف رهن ما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه. انتهى. وقال اللخمي: ولا يجوز اليوم لمن صرف دينارا بدراهم أن يودعها بعد المناجزة عند الصراف؛ لأن القصد من تركها أن يبرأ من نقصها ونحاسها قد علم ذلك منهم، ويحمل قول مالك في الذي قبض من دين له طوق ذهب فافترقا قبل قبضه الطوق لا خير فيه على أنه بقي فيه حق من التوفية وزن أو غير ذلك ولو لم يبق فيه شيء من التوفية لكانت مصيبته من مشتريه، وإيداعه جائز بخلاف إيداع الدراهم والدنانير.انتهى. ففرق بين ما يعرف بعينه كالمصوغ فيجوز إيداعه [وما لا يعرف[349]] كالدراهم والدنانير والتبر فلا يجوز وهو ظاهر. وقال في الشامل: ولو أودعه ما صارفه به بعد قبضه فسد إن كان مما لا يعرف بعينه ولم يطبع عليه، فإن طبع عليه أو كان مما يعرف بعينه صح. انتهى. وما ذكره من التفريق بين ما يعرف بعينه وبين ما لا يعرف بعينه صحيح كما تقدم في

الحديث ....

[349] – في المطبوع وبين أن لا يعرف وما بين المعقوفين من م121 ويحيى46 وسيد20.

نص خليل أَوْ غَلَبَةٍ.

متن الحطاب كلام اللخمي، وذكره ابن جماعة في مسائل البيوع في باب المناجزة في الصرف في مسألة بيع الدرهم بالدرهم وفي بيع الطعام بالطعام وقبله شارحه، وعلله بأنه صرف. قال: ومعنى قولهم يعرف بعينه أن يكون الشيء إذا غاب عنك وأبدل لك عرفت أنه غير شيئك، وأما ما ذكر من الطبع فهو الذي ذكره ابن رشد عن ابن وهب وقال إنه بعيد وحكمه بالفساد إذا وقع ذلك إما في ظاهر [الشرع فهو ظاهر[350]] وإما فيما بينهما وبين الله إذا صح أمرهما ولم [يقصدا[351]] التأخير فيفهم من كلام ابن رشد المتقدم أن ذلك لا يضر فتأمله. والله أعلم. وفهم من كلام ابن رشد أنه لا يعود ذلك بخلل في العقد إذا صح أمرهما، ومسألة الطوق التي ذكرها اللخمي في أول كتاب الصرف من المدونة، ولفظه فيها يقتضي أنه لم يقبضه أصلا. والله أعلم.

السادس: قال في رسم القبلة من سماع ابن القاسم: فإن انعقد بينهما الصرف على أن يتأخر منه شيء فسخ، وإن عقدا على المناجزة ثم أخر أحدهما صاحبه بشيء منه انتقض الصرف فيما وقعت فيه النظرة باتفاق، فإن كانت النظرة في أقل من صرف دينار انتقض صرف دينار، وإن كان في أكثر من صرف دينار انتقض صرف دينارين، وإن كان في أكثر من صرف دينارين انتقض صرف ثلاثة دنانير وهكذا أبدا، وما وقع فيه التناجز على اختلاف، وإن وقع على المناجزة ثم تأخر منه شيء بغلط أو سرقة أو نسيان مضى الصرف فيما وقع فيه التناجز باتفاق وفيما وقع فيه التأخير إن رضي هذا الذي هو له بتركه على اختلاف سيأتي بيانه إن شاء الله. انتهى.

السابع: قال في مختصر الوقار: ومن اصطرف دراهم فعجزت الدراهم درهما فلا يجوز للمصطرف أن يقرض الصيرفي درهما يتم به الصرف ثم يطالبه به دينا، ومن اصطرف دراهم وعجزت كسرا وأخره على الصيرفي ثم علم بمكروه ذلك فوهبه للصيرفي ليجيز بذلك صرفه لم يجز ذلك، ولا بد لهما أن يتناقضا الصرف ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بمثل نقده، ومن اصطرف/ دراهم وعجزت درهما فلا بأس أن يأخذ به ما أحب من طعام أو إدام أو عرض وغير ذلك معجلا قبل أن يفترقا، ولا بأس أن يأخذ ببعض ديناره بعد المصارفة ما أحب قبل قبض الدراهم قبل أن يفترقا إذا كان ذلك أقل من الثلث مما صارفه به وأدنى منه، ولا بأس أن يبيع الرجل الثوب معجلا بدينار إلى شهر والدينار بكذا وكذا درهما إلى شهرين لأن البيع إنما وقع بالدراهم، ولا ينظر إلى قبح كلامهما إذا صح العمل بينهما، كما لا ينظر إلى حسن كلامهما إذا قبح العمل بينهما. 307

ص: **أو غلبة** ش: سواء غلبا معا على التأخير كما لو غشيهما ليل أو حال بينهما سيل أو غلب عليه أحدهما بهروب صاحبه منه، ولو كان قاصدا هروبه فسخ العقد وهو أحد القولين، وقال الباجي إنه الظاهر من المذهب، والثاني أنه لا يفسخ وهو لمالك في مسألة القلادة الواقعة في رسم حلف ليرفعن أمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف وذكرها في المدونة، ورجح ابن يونس هذا القول وقال: الصواب أنه لا يفسخ؛ لأن أصل البيع وقع على الصحة، وإنما أراد المبتاع بالتأخير فسخ البيع فوجب أن

الحديث ....

---

[350] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص306 وم121 ويحيى46 وسيد20.

[351] *– في المطبوع ويحيى46 يقصد وما بين المعقوفين من سيد20 وم121.

نص خليل أَوْ عَقَدَ وَوَكَّلَ فِي الْقَبْضِ.

متن الحطاب يحرمه ؛ لأن ذلك ذريعة إلى حل العقود اللازمة فلا يريد أحد استغلى شيئا أو ندم في شرائه [إلا أخر[352]] ذلك ليفسخه فوجب أن يحرم ذلك كمنع القاتل الميراث ومنع المتزوجين في العدة أن يتناكحا أبدا. اهـ. وقال صاحب الطراز: وإن كان التفرق [لهروب[353]] أحدهما فهل يبطل به العقد ويبوء بإثمه أو يلزمه حكم العقد إذا ظفر به يتخرج على القولين في تأخير ثمن السلم بهروب أحدهما فيبطل العقد في قول ويثبت في قول، وعلى القول بثبوته لا يكون العقد ثابتا حقيقة ؛ لأن الشيء لا يثبت مع فقد شرط ثبوته، لكن يلزم إذا ظفر به [عقدا على ما وقع[354]] عليه الأول فيكون قد [غرم[355]] العقد الذي أفسده بعقد جديد يقع التقابض فيه متصلا به، وعلى القول بأن العقد لا يثبت فإن لم يقبض أحد العوضين فلا كلام، وإن قبض أحدهما فإن كان من ذوات الأمثال كالدنانير المسكوكة فإن كان الصرف بينهما بالسعر الواقع الآن رده مثل ما أخذ، وإن كان بخلاف ذلك فإن كان الحظ في فسخ العقد لغير الهارب رد المثل أيضا، وإن كان الحظ في الفسخ له بالهروب خرج على قولين أحدهما أنه يلزمه ضمان الثمن الذي لزمه يوم العقد والثاني إنما يلزمه رد ما أخذ وقد باء بإثم ما صنع ، وإن كان المبيع من ذوات القيم كالمصوغ خرج على قولين: أحدهما أنه يلزمه قيمته يوم بان به، والآخر أنه يلزمه الأكثر من قيمته أو الثمن الذي رضي به .اهـ باختصار. وما ذكره في المصوغ إنما هو إذا تلف أما إن كان قائما فيرد إلى ربه. والله أعلم.

وظاهر كلام ابن رشد أن التأخير عليه مؤثر من غير خلاف، فإنه لما تكلم على مسألة القلادة تأولها على أن الذهب الذي كان فيها يسير. والله أعلم.

ص: **أو عقد ووكل في القبض** ش: يعني أنه لا يجوز للإنسان أن يعقد الصرف ثم يوكل غيره في قبضه وظاهره ولو قبض الوكيل بحضرة العاقد وهو خلاف ما حكاه اللخمي وابن رشد [عن[356]] المذهب لا يفسد زاد ابن بشير ولكنه قال يكره. قال ابن عرفة: ولو وكل على قبض ما عقده بحضرته فطريقان ابن رشد واللخمي عن المذهب لا يفسد، زاد ابن بشير ويكره، المازري عن ابن القاسم لا خير فيه، أشهب لا يفسخ إن وقع. ابن وهب: لا بأس به، فأخذ بعضهم من قول ابن القاسم اشتراط كون العاقد القابض. قال ابن عرفة: هذه الأقوال معزوة لقائلها إنما ذكرها الباجي في الحوالة. اهـ.

وعزا ابن رشد ما ذكره للمدونة، ولفظه في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من الصرف: ونص في المدونة على أن الرجل إذا صرف لا يجوز له أن يذهب ويوكل من يقبض له وإنما يجوز توكيله إذا قبض الوكيل بحضرته قبل أن يفارقه.

308 **قلت:** ولم يذكر فيه صاحب الطراز إلا الكراهة/ واعترض على من حكى عن مالك المنع، وحمل الشارح كلام المصنف في الكبير والوسط على ما إذا غاب الموكل قبل قبض الوكيل. قال في الكبير:

الحديث ....

---

352 *- في المطبوع الاجر وما بين المعقوفين من م121 وسيد20

353 *- في يحيى47 وسيد20 بهروب .

354 – في المطبوع عقد وضع على ما عقد (وفي يحيى47 عقد وقع على ما وقع الأول) (وسيد20 عقد على رفع ما وقع الأول) (وفي م121 عقد وضع على ما وقع عليه الأول) وما بين المعقوفين من ن عدود ص307.

355 – في المطبوع عدم ويحيى49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص307 وسيد20 (وفي م121 قدم).

356 *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من م121 ويحيى27 وسيد20.

نص خليل ....

متن الحطاب وإنما قيدنا كلامه بذلك لأنه إذا قبض قبل قيام الموكل فذلك جائز. نص عليه ابن بشير وابن شاس. اهـ. ويتعين حمل كلام المصنف على هذا، وقوله في الشامل: "أو بتوكيل في قبض وإن حضر على المشهور" مشكل؛ لأنه مخالف لما تقدم.

فرع: وعكس هذه المسألة لا يجوز أيضا [وهو[357]] إذا وكل في العقد وتولى القبض، وقد نص في المدونة على الفرعين قال: وإن وكلت رجلا يصرف لك دينارا فلما صرفه أتيته قبل أن يقبض فأمرك بالقبض وقام وذهب فلا خير في ذلك، ولا يصلح للرجل أن يصرف ثم يوكل من يقبض له ولكن يوكل من يصرف له ويقبض له. اهـ. ويفهم من قوله: ذهب أنه لو كان حاضرا جاز كما تقدم في الفرع قبله.

فرع: إذا كان دينار مشتركا بين رجلين فصرفاه معا، ثم وكل أحدهما صاحبه في القبض وذهب فقال ابن رشد في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف: ظاهر المدونة أن ذلك لا يجوز إلا أن يقبضه بحضرته، وأنه لا فرق بين أن يوكل شريكه أو أجنبيا وهو الصواب، وظاهر ما في هذا الرسم ورسم البيع والصرف من سماع أصبغ، ونص ما في سماع أبي زيد أن ذلك جائز، فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يجوز أن يذهب ويوكل من يقبض له في المسألتين، والثاني لا يجوز إلا أن يقبض بحضرته في المسألتين، والثالث الفرق بين أن يوكل أجنبيا فلا يجوز إلا أن يقبض بحضرته وبين أن يوكل شريكه فيجوز أن يقبض بعد ذهابه. اهـ بالمعنى. وفهم صاحب الطراز أن هذا القول موافق للمدونة وبنى على ذلك فرعين فقال في شرح مسألة الوكالة المتقدمة: فرع: لو حضر الموكل والوكيل العقد وعقدا جميعا الصرف جاز أن يذهب الموكل ويأمر الوكيل بالقبض ولو لم يكن وكيلا إلا أنه حضر العقد وتكلم فيه وراوض الصراف لجاز؛ على قول ابن القاسم في رجلين بينهما دراهم صرفاها بدينار أو حلي أو تبر صرفاه بنقرة فلا بأس أن يوكل أحدهما الآخر بقبضه، والظاهر ما قاله ابن رشد فتأمله.

فرع: قال في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف: لا تجوز الحوالة في الصرف وإن قبض المحال من المحال عليه مكانه قبل مفارقة الذي أحاله على مذهب ابن القاسم خلافا لسحنون في إجازة ذلك إذا قبض المحال ما أحيل به مكانه قبل مفارقة الذي أحاله. اهـ. وما ذكره عن ابن القاسم هو في المدونة.

فرع: قال في الرسم المذكور: ولا يجوز في الصرف حمالة. قال ابن رشد: لأنها لا تكون إلا بما يتأخر قبضه؛ والصرف لا يكون إلا ناجزا إلا أن تكون الحمالة بالدنانير إن استحقت الدراهم أو بالدراهم إن استحقت الدنانير فيجوز وكذلك الرهن.

فرع: قال في الرسم المذكور: ولا يجوز في الصرف خيار. قال ابن رشد: لأن الخيار لا يجوز فيه النقد والصرف لا يجوز أن يتأخر فيه النقد، فالصرف على الخيار فاسد كان لهما أو لأحدهما، غير أنه إن

نص خليل أَوْ غَابَ نَقْدُ أَحَدِهِمَا وَطَالَ أَوْ نَقْدَاهُمَا.

الحديث ....

---

[357] – ساقطة من المطبوع وم121 وسيد20 وما بين المعقوفين من ن عدود ص308 ويحيى47.

متن الحطاب كان لهما جميعا فتمماه على العقد الأول وتناجزا بحضرة اتفاقهما على إمضائه لم يفسخ إذا لم يكن لازما لواحد منهما قبل إمضائه، وكأنه إنما انعقد بينهما ابتداء يوم أمضياه، وإن كان لأحدهما أو لغيرهما فسخ متى ما عثر عليه وإن طال؛ للزوم بيع الخيار للذي لم يشترط منهما. اهـ. ولم يحك ابن رشد في ذلك خلافا، بل قال في المقدمات: لا خلاف في ذلك، وقال في كتاب البضائع والوكالات: لا يجوز بإجماع، ونقل عنه ابن عرفة الاتفاق، ونصه: قال ابن رشد اتفاقا. ثم ذكر عن غيره الخلاف وذكر عن ابن رشد في شرط الخيار قولين. قال ابن الحاجب: المشهور المنع. قال في التوضيح: والجواز لمالك في الموازية.

309 فرع: وأما الخيار الحكمي ففي فساد الصرف به قولان. قال ابن رشد في رسم تأخير/ صلاة العشاء من كتاب البضائع والوكالات: وفي فساد الصرف بالخيار الذي يوجبه الحكم فيه دون أن ينعقد عليه قولان، أما إن انعقد عليه فلا يجوز بإجماع. اهـ. وذكر المسألة أيضا في رسم البيوع من سماع أشهب من الكتاب المذكور من كتاب الصرف، وينبني على ذلك مسائل: منها من وكل على صرف دنانير فصرفها من نفسه أو وكله شخص على صرف الدنانير وآخر على صرف دراهم فصرف دراهم هذا بدنانير هذا، وقد حصل ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات ثلاثة أقوال في المسألتين الجواز فيهما جميعا، وعدمه فيهما جميعا، والجواز في الثانية دون الأولى، وعلى هذا الثالث اقتصر ابن جماعة في مسائله، ولم يجعل ابن رشد من ذلك مسألة من أرسل معه دينارا ليشتري به سلعة فتسلف الدينار ثم اشترى السلعة المأمور بها بدينار ثم جعل من عنده مكان الدينار دراهم. قال في رسم القطعان من السماع المذكور: لأنه استوجب ذلك [الشيء[358]] بالدينار الذي لرب الوديعة ثم صارف فيه بائع السلعة قال: ولو اشترى السلعة بدراهم لوجب عليه أن يعلم رب الدينار بذلك ودخله الاختلاف المذكور وجعل في سماع أشهب من ذلك من أرسل معه بثوب ليبيعه ويشتري به شيئا فاشترى الشيء بدينار من عنده، ثم باع الثوب بدراهم ومن ذلك مسألة من وكل على قبض دينار فأخذ عنه دراهم، وقد ذكرها ابن عرفة.

ص: **أو غاب نقد أحدهما وطال أو نقداهما** ش: هو إشارة إلى مسألة السلف كما ذكر ابن غازي وتلقب هذه المسألة بالصرف على الذمة. والله أعلم. ونصها في التهذيب: وإن اشتريت من رجل عشرين درهما بدينار في مجلس ثم استقرضت أنت دينارا من رجل إلى جانبك واستقرض هو الدراهم من رجل إلى جانبه فدفعت إليه الدينار وقبضت الدراهم فلا خير فيه ولو كانت الدراهم معه واستقرضت أنت الدينار، فإن كان أمرا قريبا كحل الصرة ولا يبعث وراءه ولا يقوم لذلك جاز، ولم يجزه أشهب. اهـ. قال في التوضيح: والحاصل أنهما إن تسلفا فاتفق ابن القاسم وأشهب على الفساد؛ لأن تسلفهما مظنة الطول فلا يجوز وإن لم يطل؛ لأن التعليل بالمظان لا يختلف الحكم فيه عند تخلف العلة، وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك، وإن لم يطل فالخلاف. [فقول[359]] المصنف: "أو

نص خليل **أَوْ بِمُوَاعَدَةٍ أَوْ بِدَيْنٍ إِنْ تَأَجَّلَ وَإِن مِّنْ أَحَدِهِمَا.**

الحديث ....

[358] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص309 وم122 ويحيى48 وسيد20.

[359] – في المطبوع بقول وما بين المعقوفين من م122.

متن الحطاب

نقداهما" يريد طال أو لم يطل، فقيد الطول في قوله: "وطال" إنما هو في نقد أحدهما كما قاله في التوضيح وقاله ابن عبد السلام.

تنبيه: قال في التوضيح: واختلف الأشياخ هل الخلاف في تسلف أحدهما مقيد بما إذا لم يعلم الذي عقد على ما عنده أن الآخر لم يعقد على ما ليس عنده، وأما إن علم ذلك فيتفق على البطلان، أو الخلاف مطلق علم أم لا؛ طريقان نقلهما المازري. اهـ.

310 ص: **أو بمواعدة** ش: هو متعلق بمحذوف/ أي وحرم صرف بمواعدة، وهذا القول شهره ابن الحاجب وابن عبد السلام، وقال ابن رشد هو ظاهر المدونة، وشهر المازري الكراهة، ونسبه اللخمي لمالك وابن القاسم، وصدر به في المقدمات ونسبه لابن القاسم، ونصه: وأما المواعدة فتكره فإن وقع ذلك وتم الصرف لم يفسخ الصرف عند ابن القاسم، وقال أصبغ يفسخ، ولعل قول ابن القاسم إذا لم يتراوضا على السوم، وإنما قال له اذهب معي أصرف منك، وقول أصبغ إذا راوضه على السوم فقال له اذهب معي أصرف منك ذهبك بكذا وكذا. اهـ. وقال ابن بشير: الكراهة محمولة على المراوضة، وظاهرها المنع، ولابن نافع الجواز، ونقل ابن عرفة عن اللخمي أنه قال والثلاثة جارية في بيع الطعام قبل قبضه، وقال سند الأحسن أن يمنع منه بدأ فإن وقع ذلك ولم يتصارفا كره أن يتصارفا وإن تصارفا وفات العقد فلا يرد. اهـ. وقال في التوضيح: وأجاز هنا ابن مناس التعريض وهو صحيح. اهـ. وقد نص عليه ابن يونس، ولفظه: وذكر عن أبي موسى بن مناس أنه كان يجيز التعريض في الصرف كما يجوز في العدة مثل أن يقول إني لمحتاج إلى دراهم أصرفها ونحو ذلك من القول.

قلت: وعلى ما أجازوه في النكاح من قوله إني لك لمحب وفيك راغب يجوز أن يقول هنا إني أحب دراهمك وراغب في الصرف منك ونحوه. والله أعلم.

ص: **أو بدين إن تأجل وإن من أحدهما** ش: هذه المسألة تلقب بالصرف في الذمة وهي أن يكون لأحدهما على الآخر دينار أو دنانير وللآخر عليه دراهم فيتطارحان ما في الذمتين، وإن كان ما في الذمتين مؤجلا أو ما في أحدهما لم يجز، وهو معنى قوله: "وإن من أحدهما"، وإن حلا جميعا جاز، وهو مفهوم الشرط -أعني قوله: "وإن تأجل" وكذا إن كان الدين من جهة واحدة وأراد من عليه الدين أن يصارف صاحبه عليه جاز إن كان قد حل ودفع إليه العوض الآخر في ساعته قبل أن يفترقا. قاله في أول كتاب الصرف من المدونة، وعلة المنع في ذلك أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفا.

تنبيه: ولا فرق في الدين بين أن يكون في بيع أو قرض. قال في كتاب الصرف من المدونة: ومن لك عليه دراهم إلى أجل من بيع أو قرض فأخذت بها منه دنانير نقدا لم يجز ولو كانت الدراهم حالة جاز. اهـ.

فرع: فإن كان لك على شخص دينار فجاءك بدراهم لتصرفها بدينار فلما وزنت الدراهم وقبضتها أردت مقاصته في الدينار الذي لك عليه، فإن رضي بذلك جاز، وإن لم يرض غرمت له دينار الصرف ولك مطالبته بدينارك. قاله ابن القاسم في المدونة. قال في الطراز: ولأشهب في الموازية أن لك حبسه أحب أو كره.

الحديث

....

نص خليل

أَوْ غَابَ رَهْنٌ أو وَّدِيعَةٌ وَلَوْ سُكَّ.

متن الحطاب

قال: ووجه قول ابن القاسم أن صاحب الدينار إن أراد أخذ الدراهم عنه لم يلزم ذلك صاحب الدراهم، وإن أراد أخذ دينار الصرف فلا يكون دينار الصرف لصاحبه حتى يقبضه. قال: بخلاف ما لو باعك سلعة بدينار وأردت مقاصته بالدينار كان لك ذلك؛ لأنه لما انعقد البيع وجب له عندك دينار ولا/ تتوقف صحته على القبض، فلما استقر له عندك دينار ولك عنده دينار كان لك أن تقاصه.

311

فرع: فإن نزل ذلك وامتنعت من دفع الدينار وترافعتما إلى الحاكم فعلى مذهب ابن القاسم يفسخ الصرف ويرد الدراهم، وعلى قول أشهب تم الصرف، فإن حكم حاكم بقول ابن القاسم فلا ينقضه أشهب، وإذا حكم بقول أشهب فلا ينقضه ابن القاسم.

فرع: فإن شرط عليك في ابتداء الصرف أنك لا تقاصه بذلك وتؤخره بما عليه، فإن كان الدينار مؤجلا جاز، وإن كان حالا أو إلى أجل قريب واشترط أبعد منه فالصرف فاسد، وهو صرف وسلف، وإن شرط دفع الدينار إليه ولم يتعرض لتأخير ما عليه فظاهر الكتاب جوازه، وذكر اللخمي فيه ثلاثة أقوال فقيل الصرف فاسد، وقيل الصرف صحيح ولك حبسه. قال: وهذا على أصل أشهب، وقيل صحيح وليس لك حبسه بل تدفعه وتقوم بحقك، وهذا أليق بأصل ابن القاسم. اهـ من الطراز بالمعنى.

فرع: قال في سماع أبي زيد فيمن له على رجل نصف دينار إلى أجل فدفع الذي عليه الحق دينارا لصاحبه وأخذ منه بنصفه دراهم قال: لا خير فيه؛ لأنه سلف وصرف، ولو دفع إليه بالنصف الباقي عروضا فكرهه ابن القاسم في أحد قوليه؛ لأنه سلف وبيع، وأجازه مالك وابن القاسم على قوله الثاني استخفافا له في البيع والسلف ولم يستخفاه في الصرف والسلف لأنه أضيق منه لأنه لو ترك مشترط السلف سلفه في البيع صح على خلاف فيه ولو تركه في الصرف لم يصح بلا خلاف. والله أعلم.

ص: أو غاب رهن أو وديعة ولو سك ش: يعني أنه لا يجوز للمرتهن أن يصرف من الراهن [الرهن[360]] الذي عنده وهو غائب في بيته، وكذلك لا يجوز للمودع أن يصرف الوديعة التي في بيته من مالكها وهي غائبة عنه، وسواء كان الرهن أو الوديعة مصوغين أو مسكوكين على المشهور، وظاهر كلامه أن الخلاف إنما هو في المسكوكين لا في المصوغين وليس كذلك، بل الخلاف في الجميع كما ذكره في التوضيح عن الجواهر، ومفهوم قوله: "غاب" أنه لو حضر الرهن أو الوديعة جاز صرفهما وهو كذلك.

تنبيهات: **الأول:** قال اللخمي: لو شرط المبتاع أن ضمان الوديعة من البائع حتى يصل إلى بيته لم يجز اتفاقا. قاله اللخمي وقبله سند وغيره، وعلله بعدم المناجزة ولو شرط البائع أنها في ضمان المبتاع بنفس العقد قال اللخمي جاز اتفاقا، واعترضه صاحب الطراز وقال: ينبغي أن لا يجوز ذلك عند ابن القاسم.

الثاني: لو تلف الرهن ووجبت فيه القيمة جاز صرفها، وكذا لو تسلف الوديعة أو تعدى عليها وأتلفها ووجب عليه مثلها أو قيمتها جاز الصرف، وسكت عن هذا لوضوحه؛ لأنه داخل حينئذ في مسألة صرف الدين.

الحديث ....

360 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص311 وم123 ويحيى49 وسيد21.

نص خليل كَمُسْتَأجَرٍ [وَعَارِيَةٍ[361] ـ] وَمَغْصُوبٍ إنْ صِيغَ إلاَّ أنْ يَذْهَبَ فَيَضْمَنَ قِيمَتَهُ فَكَالدَّيْنِ.

متن الحطاب **الثالث:** قال في المدونة: ولو أودعته مائتي درهم ثم لقيته والدراهم في بيته فهضمت عنه مائة على أن أعطاك مائة من غير المائتين لم يجز، وإنما يجوز أن تأخذ منها مائة وتدع مائة. قال في الطراز: لو قال له تركت لك منها كذا وآخذ منك كذا فهي هبة صحيحة إن لم يشترط ما يفسدها، فإن لم يزد على ذلك وكانت الدراهم في بيته فدفع له المودع مائة سلفا له على الوديعة من غير شرط جاز إذا صرح بأن ذلك سلف حتى لو تلفت الوديعة رجع عليه بما أسلفه، وإن أعطاه من عنده مائة بدلا عن المائة الباقية فهذا صرف مائة بمائة ليس يدا بيد على أصل ابن القاسم، وهو لا يجيز أن يعاوضه عنها بذهب فكيف بدراهم؟ والصرف في الجنس الواحد أضيق منه في الجنسين، أما إن كانت الحطيطة على أن يعجل له المائة عن الباقي من الوديعة فهذا فاسد عند الجميع.

ص: **كمستأجر وعارية** ش: يعني أنه لا يجوز صرف الحلي المستأجر ولا المعار إذا كانا غائبين تحت يد المستأجر والمعار، وإنما يجوز صرفهما إذا حضرا.

تنبيه: وإنما أخرهما عن قوله: "ولو سك" لينبه على أن المسكوك لا يتصور فيه العارية ولا الإجارة على المشهور، وسيأتي في باب العارية/ أن إعارة النقود والأطعمة قرض، وفي باب الإجارة المنع من إجارة المسكوك، وعلى القول بجواز الإجارة في المسكوك لا يتأتى هذا الفرع أيضا لأنه يشترط فيه ملازمة المالك لها. والله أعلم. وإنما فصل المصنف المسألتين الأوليين عن الأخيرتين فقال: "كمستأجر" ولم يعطفهما بالواو؛ لأن الحكم في المسألتين الأوليين منصوص للمتقدمين، وأما الأخيرتان فألحقهما المتأخرون بهما كما قاله في الجواهر، ونقله في التوضيح عنها. 312

ص: **ومغصوب إن صيغ** ش: هذا الشرط راجع للمغصوب فقط لا لما تقدم، والمعنى أن المغصوب المصوغ لا يجوز صرفه إذا كان غائبا عن مجلس الصرف، ومفهوم الشرط أنه إن كان مسكوكا جاز صرفه ولو كان غائبا، وهو كذلك على المشهور. قاله ابن الحاجب وغيره.

فرع: وفي معنى المسكوك ما لا يعرف بعينه من المكسور والتبر. قاله في التوضيح.

ص: **إلا أن يذهب فيضمن قيمته فكالدين** ش: يعني أن ما تقدم من منع صرف المصوغ المغصوب إنما هو إذا كان قائما، فإن ذهب ولزمت الغاصب قيمته فإنه يجوز صرف القيمة حينئذ لأنها كالدين، وما ذكره من لزوم القيمة إذا تلف الحلي المصوغ. قال في التوضيح: هو المشهور؛ لأن المثلي إذا دخلته صنعة صار من المقومات، ومقابله يقول إنما يلزمه مثله، وعليه فتصح المصارفة على وزنه. والله أعلم.

فرع: فإن لم تذهب عين المغصوب بالكلية ولكنه تعيب تعيبا يوجب لصاحبه الخيار في أخذه أو تضمينه للغاصب فيخير صاحبه، فإن اختار أخذه جاز صرفه إن أحضره اتفاقا، وإن لم يحضره لم يجز صرفه على المشهور كما تقدم، وإن اختار القيمة فهي دين في ذمة الغاصب فتجوز مصارفته عليها على المشهور. قاله في التوضيح.

الحديث ....

---

[361] س – تشديد ياء العارية هو الارجح كما في غير واحد.

نص خليل وَبِتَصْدِيقٍ فِيهِ كَمُبَادَلَةِ رِبَوِيَّيْنِ وَمُقْرَضٍ وَمَبِيعٍ لأَجَلٍ وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ وَمُعَجَّلٍ قَبْلَ أَجَلِهِ وَبَيْعٌ وَصَرْفٌ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْجَمِيعُ دِينَارًا.

متن الحطاب ص: **وبتصديق فيه كمبادلة ربويين** ش: أي وكذلك لا يجوز الصرف بتصديق أحدهما الآخر في وزن أو صفة، وقيل يجوز، وقال [اللخمي إن[362]] كان ثقة صادقا جاز التصديق، وإلا فلا، وقيل يكره التصديق، وحكى الأربعة ابن عرفة.

فرع: قال ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الصرف بعد أن ذكر الخلاف في التصديق في الصرف وفي مبادلة الطعامين: فإذا وقع لم يفسخ للاختلاف الحاصل في ذلك. انتهى. وهو خلاف ما ذكره ابن يونس من أنه لا بد من نقض الصرف وإن وجده كما ذكره. ونصه: ولا يجوز التصديق في [الصرف ولا[363]] في بدل الطعامين. قال: ولا يجوز أن يصارفه سوارين على أن يصدقه في وزنهما/ 313 وينقض البيع، وإن افترقا ووجدهما كذلك فلا بد أن ينتقض، فلو وزنهما قبل التفرق فوجد نقصا فرضيه أو زيادة فتركها الآخر فذلك جائز. محمد: قال أشهب في افتراقهما على التصديق فيجد زيادة أو نقصا فترك الفضل من هو له جاز ذلك، وكذلك إن كانت دراهم فوجد فيها رديئة أو دون ما قال من الوزن فيترك ذلك ولا يتبعه أن ذلك جائز بينهما. انتهى.

ص: **ومقرض ومبيع لأجل ورأس مال سلم ومعجل قبل أجله** ش: وانظر إذا صدق في هذه المسائل ما الحكم في ذلك؟.

ص: **وبيع وصرف** ش: أي وحرم اجتماع بيع وصرف وهو المشهور خلافا لأشهب. قال في التوضيح: وعلى المشهور فإن وقع فقيل هو كالعقود الفاسدة فيفسخ ولو مع الفوات، وقيل هو من البياعات المكروهة فيفسخ مع القيام لا مع الفوات. ابن رشد: وهو المذهب. انتهى. وكذلك السلف والصرف لا يجوز اجتماعهما. قال ابن رشد: وهو أضيق من البيع والسلف؛ لأنه إذا ترك مشترط السلف شرطه أو رده جاز البيع على المشهور إذا كانت السلعة قائمة، وإن ترك مشترط السلف شرطه في السلف والصرف لم يجز، ولا بد من فسخه بلا خلاف، ولا يجوز في قول قائل أن يمضي الصرف إذا رضي مشترط السلف بتركه. انتهى من سماع أبي زيد من كتاب الصرف.

تنبيهات: الأول: مما يدخل في ذلك مسألة أول سماع أبي زيد فيمن له على رجل نصف دينار إلى أجل فدفع الذي [له[364]] الحق نصف دينار دراهم وأخذ منه دينارا قبل الأجل قال: لا خير فيه؛ لأنه سلف وصرف؛ لأن المعجل لما في الذمة قبل أجله يعد مسلفا. قيل له فإن دفع له بالنصف الباقي عرضا فأجازه مالك وابن القاسم في أحد قوليه، ومنعه ابن القاسم في قوله الثاني. قال ابن رشد: وهو القياس؛ لأن تعجيل نصف الدينار سلف فلا يجوز أن يقارنه بيع، كما لا يجوز أن يقارنه صرف، وإنما أجازه مالك وابن القاسم في أحد قوليه في البيع؛ لأنهما استخفاه فيه لقلته، ولم يستخفاه في

الحديث ....

---

[362] - في المطبوع أي وما بين المعقوفين من ن عدود ص312 وم123 ويحيى49 وسيد21.

[363] - في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن عدود ص312 وم123 ويحيى49 وسيد21.

[364] - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص313 وم123 ويحيى49 وسيد21.

نص خليل ....

متن الحطاب الصرف؛ لأنه أضيق من البيع، وذكر ما تقدم

الثاني: قال في التوضيح عن القرافي: لا يجتمع مع البيع عقود ستة يجمعها قولك جص مشنق، فالجيم للجعالة، والصاد للصرف، والميم للمساقاة، والشين للشركة، والنون للنكاح، والقاف للقراض لتضاد أحكامها وأحكام البيع، ونظمها بعضهم فقال:

عقود منعناها مع البيع ستة ويجمعها في اللفظ جص مشنق

فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقق

وقد نظمت العقود المذكورة في بيتين مع زيادة فائدة أخرى فقلت:

نكاح وصرف والمساقاة شركة قراض وجعل فامنعنها مع البيع

كذا القرض فامنع مع عقودك كلها سوى عقد معروف يكون على الطوع

قلت: وقد نص علي ذلك في كتاب الصرف من المدونة فقال: لا يجوز صرف وبيع في صفقة ولا شركة [وبيع[365]] [ولا[366]] نكاح وبيع ولا جعل وبيع ولا قراض وبيع ولا مساقاة وبيع، وقال اللخمي في تبصرته بعد أن ذكر قول مالك بالمنع في هذه الستة: وقد اختلف في جميع ذلك، وقال أبو الحسن الصغير: ذكر ستة عقود تمنع مع البيع وكذلك السلف مع البيع، وقد نظمها بعضهم فقال:

تجنب عقودا سبعة فهي كلها مدى الدهر عندي لا تجوز مع البيع

نكاح وقرض أو قراض وشركة وجعل وصرف والمساقاة في المنع/ 314

انتهى. وذكرها البرزلي في أوائل البيوع وبين وجه منافاة البيع لكل واحد من هذه العقود، وذكرها منظومة في أبيات خمسة، وذكر البيتين اللذين ذكرهما أبو الحسن، وذكر أن المنع هو مذهب ابن القاسم، وأن أشهب يخالفه في هذه العقود، وذكر أن المغارسة لا تجوز مع البيع وأنها داخلة في الجعل، وقال في الشركة مع البيع: وهذا إذا استقلت الشركة عن البيع، ولو كانت داخلة في البيع فهي جائزة نص عليه سحنون، وهو ظاهر المدونة، ونص ابن رشد في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتاب تضمين الصناع، وفي رسم نقدها من سماع عيسى أيضا من كتاب الشركة أن مذهب ابن القاسم منع البيع مع الشركة وإن كانت داخلة في البيع خلافا لسحنون، فمنع ابن القاسم الشركة بالطعامين وبالدنانير من جانب والدراهم من آخر، وزاد في المسائل الملقوطة السلم والإقالة وقال: جمعها بعضهم في قوله: (جص نقش قس). انتهى. وقال الجزولي في قول الرسالة: "ولا يجوز بيع وسلف وكذلك ما قارن السلف من إجارة أو كراء" قال أبو عمران: حصره أن تقول كل عقد معاوضة لا يجوز أن يقارنه السلف، وإن كان غير [معاوضة كالصدقة[367]] نظرت؛ فإن كانت الصدقة من صاحب السلف جاز، وإلا منع لأنه أسلفه على أن يتصدق عليه، والسلف لا يكون إلا لوجه الله

الحديث ....

365 *- ساقطة من المطبوع ووردت في م124 ويحيى50 وسيد21.

366 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص313 ويحيى50 وسيد21

367 - في المطبوع ما قارن السلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص314 وم124 ويحيى50 وسيد21.

نص خليل أَوْ يَجْتَمِعَا فِيهِ.

متن الحطاب تعالى. انتهى. وقولي: "مع [عقودك"[368]] كلها يشمل القراض والشركة وهو كذلك، فلا يجوز مقارنتهما للسلف إلا إن كان النفع في ذلك للمتسلف فيكون حينئذ كعقود المعروف، كما أن الصورة التي ذكرها الجزولي في الصدقة ليست من عقود المعروف فهي خارجة من ذلك. والله أعلم.

الثالث: اجتماع البيع مع الخلع جائز كما تقدم في باب الخلع، واجتماع البيع والإجارة جائز على تفصيل يأتي في باب الإجارة، والصرف نوع من أنواع البيع فيمنع مع العقود التي تمنع مع البيع، بل هو أشد كما تقدم فلا يجوز أن يجمع الصرف مع نكاح، ولا في دينار واحد بأن يتزوج بنصف دينار ويدفع لها دينارا ويأخذ منها بالنصف الباقي دراهم، ولا مع المساقاة والقراض والشركة والجعل، بل لا يجوز اجتماع الصرف مع الإجارة؛ لأنها بيع وهو لا يجوز مع البيع، بل ولا يجوز اجتماع ذلك في دينار واحد على أصل ابن القاسم الذي لا يرى أن قبض الشيء المستأجر يستوفي منه الكراء كقبض جميع المنفعة، وما وقع في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف من إجازة ذلك.

قال ابن رشد: فيه إنه على خلاف أصل ابن القاسم، وإنما يأتي على مذهب أشهب الذي يرى أن قبض الشيء المكتري يستوفى منه قبض جميع الكراء. انتهى. نعم إن عقد الإجارة بنصف دينار واستوفى المنافع ثم دفع دينارا وأخذ نصفه فالظاهر على المشهور جوازه، وكذلك لو جعل لشخص نصف دينار على عمل فعمله واستحق الجعل لجاز أن يدفع له الجاعل دينارا ويأخذ منه نصف دينار فضة.

الرابع: قال في كتاب الشركة من المدونة: ولا يصلح مع الشركة صرف ولا قراض. قال ابن ناجي في شرحها: قال المغربي يقوم من هنا أن الستة التي لا يجوز اجتماعها مع البيع لا يجوز اجتماعها فيما بينها ومثله في المساقاة. انتهى.

ص: **أو يجتمعا فيه** ش: سواء كان البيع أكثر أو الصرف أكثر، فالأول كما لو اشترى منه سلعة بتسعة دنانير ونصف أو ربع ونحو ذلك من الكسور ودفع إليه عشرة دنانير على أن يدفع إليه بقية الدينار العاشر دراهم، والثاني كما لو صرف منه عشرة دنانير كل دينار بعشرين درهما على أن يعطيه مائة وتسعين درهما ويعطيه بالباقي طعاما أو ثوبا.

فروع: الأول: إذا وقع البيع والصرف على الوجه الجائز فلا بد من تقديم السلعة على المعروف تغليبا لحكم الصرف خلافا للسيوري في إبقاء كل من البيع والصرف على حكمهما حال الانفراد فأوجب تعجيل الصرف،/ وأجاز تأخير السلعة. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة: والمذهب أن وجوب المناجزة في سلعة البيع والصرف كنقده. انتهى. 315

قلت: وقد نص في كتاب الصرف من المدونة على أنه لا يجوز تأخير السلعة التي مع الصرف، وسيأتي شيء من ذلك قريبا في المسألة التي بعد هذه.

الثاني: إذا وقع البيع والصرف على الوجه الجائز ثم وجد بالسلعة أو بالدينار أو بالدراهم

الحديث ....

---

[368] – في المطبوع عقودي (وفي يحيى50 عقود) وما بين المعقوفين من ن عدود ص314 وم124 وسيد21.

نص خليل وَسِلْعَة بِدِينَارٍ إلاَّ دِرْهَمَيْن إنْ تَأجَّلَ الْجَمِيعُ.

متن الحطاب [عيب[369]] وقام به واجده. قال مالك في الموازية: انتقض الجميع. قال سند: واختلف عنه إذا كان الصرف [تابعها[370]] فروى ابن القاسم عنه فيمن باع ثوبا بدينار إلا درهمين فتناقدا، ثم وجد بالدرهم عيبا أن له بدله، وليس هذا مثل الصرف. قال في المنتقى: يريد أنه لما كان الغالب البيع وكان الصرف تبعا كان حكمه في البدل حكم البيع، وروى ابن وهب ينتقض الجميع، وهذا هو قياس حكم الصرف على أصل مالك، والذي قاله ابن القاسم استحسان.

الثالث: قال في الطراز: فلو انعقدت الصفقة بينهما بيعا محضا ثم دخل على ذلك الصرف كما لو ابتاع ثوبا بنصف دينار، فلما أراد أن يدفع الثمن دفع دينارا وتعجل الثوب ونصف دينار دراهم ثم وجد بالثوب أو بالدراهم عيبا. قال مالك في الموازية: ينتقض الجميع، وقال محمد لا ينتقض إلا صرف الدرهم وذكر القباب في آخر رسم الشراء ببعض المعين أن ابن المواز قيد كلام مالك بما ذكر، ولم يذكره على أنه خلاف له، وأنه استبعد فسخ العقد على الإطلاق. قال: وقال المازري: لا يبعد إبقاء جواب الإمام على إطلاقه؛ لإمكان أن يكون الإمام رآه من باب التهم على القصد إلى التأخير، وجزم القباب في مسألة [أخرى[371]] قبل هذا الكلام بيسير أن ما كان بعد عقد البيع لا يفسد به البيع، وهذا هو الظاهر خصوصا إذا دلت على ذلك قرائن الأحوال. والله أعلم.

الرابع: إذا وقع البيع والصرف على الوجه الممنوع فقيل هو كالعقود الفاسدة يفسخ ولو مع الفوات، وقيل هو من البياعات المكروهة فيفسخ مع القيام لا مع الفوات. قال ابن رشد: وهو المذهب. قاله في التوضيح، وتبعه في الشامل مصدرا بالقول الثاني، وضعف الأول بقيل، وفروع الباب كثيرة ذكرنا منها الضروري. والله أعلم.

ص: **وسلعة بدينار إلا درهمين** ش: هذه المسألة من فروع البيع والصرف وإنما خصها بالذكر لأنهم جوزوا ما لم يجوزوه في مسألة البيع والصرف، [وذلك أنهم[372]] أجازوا هنا أن تتقدم السلعة ويتأخر النقدان كما أشار إلى ذلك بقوله: "بخلاف تأجيلهما". [قال[373]] في التوضيح: فإن قلت، لم جوزوا هنا ما لم يجوزوه في مسألة اجتماع البيع والصرف؟ فالجواب أنه سؤال حسن، ولعلهم راعوا أن الاستثناء أصله أن يكون يسيرا، والضرورة تدعو إلى اليسير، والمتبايعان إنما بنيا كلامهما أولا على البيع فكان الصرف غير مقصود، بخلاف البيع والصرف فإنهما لما أتيا أولا بالبيع والصرف علم أنهما مقصودان.

تنبيهان: الأول: قوله: "إلا درهمين" بيان لليسير الذي اغتفر معه تأجيل النقدين في هذه المسألة، فلو كان المستثنى ثلاثة دراهم أو أكثر رجع ذلك إلى البيع والصرف، ولم يجز ذلك إلا مع تعجيل

نص خليل أَوْ السِّلْعَة أَوْ أحَدُ النَّقْدَيْنِ بِخِلاَفِ تَأجِيلِهِمَا أَوْ تَعْجِيلِ الْجَمِيعِ.

الحديث ....

---

369 *- في المطبوع عيبا وما بين المعقوفين من م124 ويحيى50.

370 *- في م124 وسيد21 تافها ولعل الصواب تابعا.

371 - ساقطة من المطبوع وم124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 ويحيى50 وسيد21.

372 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 وم124 ويحيى51 وسيد21.

373 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 وم124 ويحيى51 وسيد21.

متن الحطاب
الجميع. قاله في المدونة، بل قال فيها إنه استثقل الدرهم والدرهمين، ونصها: ولا بأس بشراء سلعة بعينها بدينار إلا درهما إن كان ذلك كله نقدا، فإن تأخر الدينار أو الدرهم أو السلعة وتناقدا الباقي لم يجز، وروى أشهب عن مالك إن كان الدينار والدرهم نقدا والسلعة مؤخرة فجائز. قال ابن القاسم: وإن تأخر الدينار والدرهم إلى أجل واحد وعجلت السلعة فجائز، وكذلك إن اشتراها بدينار إلا درهمين في جميع ما ذكرنا، فإن كانت بدينار إلا ثلاثة دراهم لم أحب ذلك إلا نقدا، وجعل ربيعة الثلاثة كالدرهمين، ولم يجز مالك الدرهم والدرهمين إلا زحفا، فأما الدينار إلا خمسة دراهم أو عشرة فيجوز هذا نقدا، ولا ينبغي التأخير في شيء منه للغرر فيما يفترق ذلك/ من الدينار عند الأجل في حال الصرف. قال أبو الحسن: قوله: "لم أحب" في الأمهات لا خير فيه، فظاهره أن ذلك مع التأخير حرام، وقوله: "إلا زحفا" أي استثقالا وكراهة، وقوله: "ولا ينبغي التأخير في شيء من ذلك" يعني لا يجوز يدل عليه تعليله بالغرر.

316

الثاني: لو تعددت الدنانير والدراهم على حالها كما لو اشترى سلعة بدينارين إلا درهمين أو بثلاثة دنانير أو أربعة دنانير إلا درهمين فالحكم كما تقدم، فإن تأجلت الدنانير والدرهمان جاز، وأما لو تعجل دينارا أو دينارين وتأخر دينار مع الدرهمين لم يجز. قال في المدونة: وإن ابتعت سلعة بخمسة دنانير إلا درهما أو درهمين فنقدته أربعة دنانير وتأخر الدينار الباقي والدرهم أو نقدته وأخذت الدرهم وأخرت الأربعة لم يجز ذلك؛ إذ للدرهم في كل دينار حصة.

ص: أو السلعة ش: هو مذهب المدونة خلاف قول أشهب فيها، وأطلق رحمه الله المنع كظاهر المدونة. وقال في التوضيح: قيل والمشهور فيما إذا تأجلت السلعة. وقيد في الموازية بما عدا التأخير اليسير قال: أن لا يتأخر الثوب بمثل خياطته أو [حتى[374]] يبعث في أخذه وهو بعينه فلا بأس به.

ص: **بخلاف تأجيلهما** ش: تقدم في كلام المدونة جواز ذلك.

تنبيهات: الأول: اختلف فيما يقضى به إذا حل الأجل فقال ابن الحاجب: وفيها ويقضى بما سميا، وقيل بدراهم ويتقاصان. قال في التوضيح: اختلف فيما يقع به القضاء، فحكى عن المدونة أن البائع يعطي الدرهم أو الدرهمين ويأخذ الدينار وليس ما نسبه للمدونة صريحا فيها؛ بل هو ظاهرها عند الأكثر، وصرح المازري بمشهوريته، ومنهم من فهمها على معنى القول الثاني، وهو أن البائع إذا حل الأجل إنما يأخذ صرف دينار ينقص درهما أو درهمين انتهى. وقال ابن عرفة: المازري: إن كان الدرهم والدينار منقودين فالمشهور دفع البائع الدرهم مع الثوب وإن كانا مؤجلين فذكر القولين.

الثاني: لا بد من اتحاد أجل الدينار والدرهم كما تقدم ذلك في نص المدونة.

الثالث: إذا وجد في الدرهمين عيب فهل يجوز البدل، أو لا بد من نقض الصفقة؟ تقدم في كلام صاحب الطراز في ذلك قولان، ونقلهما اللخمي وابن عرفة. قدم ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب الصرف إجازة البدل، وفي كلام ابن رشد ميل لترجيحه. والله أعلم.

نص خليل
كَدَرَاهِمَ مِنْ دَنَانِيرَ بِالْمُقَاصَّةِ وَلَمْ [يَفْضُلْ[375] س] وَفِي الدِّرْهَمَيْنِ كَذَلِكَ وَفِي أَكْثَرَ كَالْبَيْعِ وَالصَّرْفِ.

الحديث
....

---

374 – سقطت من المطبوع ووردت في يحيى51 وسيد22 وم125.

متن الحطاب

الرابع: إن قيل إذا منعت المسألة مع تأجيل أحد النقدين فينبغي أن يمنع مع تأجيلهما من باب أولى، فالجواب أن الاعتناء بالتقديم يدل على أنه المقصود عند المتبايعين، فإذا تقدمت السلعة وتأخر النقدان دل تقديمهما على أن البيع هو المقصود، بخلاف ما إذا تقدم أحدهما فإنه يدل على أن الصرف مقصود ولم يحصل شرطه وهو المناجزة. قاله في التوضيح.

فرع: قال في المدونة: وإذا ابتعت سلعة بنصف دينار أو ثلث أو ربع وقع البيع على الذهب وتدفع إليه ما تراضيتما، فإن تشاححتما قضي عليك في جزء الدينار بدراهم بصرف يوم القضاء لا يوم التبايع، وقال اللخمي: وإذا باع سلعة بنصف دينار أو بدينار فوهب له نصفه لم يحكم على الغريم فيه إلا بدراهم بصرف يوم القضاء إلا أن يشاء الغريم أن يأتي بدينار [فيكونان[376]] شريكين فيه فلا يكون للطالب في ذلك مقال؛ لأن دفع الدراهم من حق الغريم لا عليه.

فرع: فلو باعه سلعة بنصف دينار فلم يقبضه حتى باعه سلعة أخرى بنصف دينار لحكم للطالب بدينار صحيح. قاله في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف، ونقله اللخمي عن الموازية. قال ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأنه إنما قضى لمن وجب له نصف دينار يصرفه من الدراهم من أجل أن الدينار القائم لا ينقسم، فإذا وجب له نصفان أعطاه دينارا قائما كما ثبت له في ذمته ولم يكن له أن يقطعه عليه ليعطيه دراهم إذا كان موسرا ولو كان معسرا وأتاه بنصف دينار لجبر على أن يأخذه ويتبعه بالنصف الآخر، ولم يكن له أن يقول/ أنا أؤخره حتى يوسر فيعطي 317 دينارا ولو باعه بدينار قائم [فأتاه بنصف دينار دراهم[377]] وهو معسر فأبى أن يأخذ، وقال أنا أنظره حتى يوسر فآخذ منه دينارا لكان له ذلك، بخلاف ما إذا كان له ديناران فأتاه بأحدهما وهو معسر فأبى أن يأخذه فإنه يجبر على أخذه. انتهى بالمعنى.

قلت: ولا يفهم من قوله: فيما إذا كان له عليه دينار وهو معسر فجاءه بنصفه دراهم أنه لا يجبر على ذلك أن ذلك يجوز برضاه أن يصارفه على الدينار بدراهم يأتيه بها مفرقة، وإنما ذلك إذا كان يصارفه بما جاء من الدراهم على جزء من الدينار.

ص: **كدراهم من دنانير بالمقاصة إلى آخره** ش: يعني إذا تعددت السلعة والدنانير والدراهم المستثناة كما لو اشترى مائة ثوب كل ثوب بدينار إلا درهما أو درهمين فلا يخلو إما أن يقع البيع على المقاصة أو لا، فإن وقع البيع على المقاصة بمعنى أنه كلما اجتمع من الدراهم المستثناة قدر صرف دينار أسقطاه من الدنانير ويتفقان على أن صرف الدينار كذا كذا درهما فلا يخلو حينئذ إما أن لا يفضل من الدراهم شيء فيجوز البيع حينئذ، سواء كان نقدا أو إلى أجل؛ لأن البيع حينئذ إنما وقع

الحديث ....

[375] س – كون فضل من باب قتل أرجح من كونه من باب تعب كما في المختار والمصباح والصحاح واللسان.

[376] *– في م125 فيكونا.

[377] – في المطبوع بخلاف وما إذا كان قائما بنصف دينار وما بين المعقوفين من ن عدود ص317 وم125 ويحيى51 وسيد22.

نص خليل وَصَائِغٌ يُعْطَى الزِّنَةَ وَالأُجْرَةَ كَزَيْتُونٍ وَأُجْرَتِهِ [لِمُعْصِرِهِ[378] نس] بِخِلَافِ تبرٍ يُعْطِيهِ الْمُسَافِرُ وَأُجْرَتَهُ دَارَ الضَّرْبِ لِيَأْخُذَ زِنَتَهُ وَالأَظْهَرُ خِلَافُهُ وَبِخِلَافِ دِرْهَمٍ [بِنِصْفٍ[379] نس] وَفُلُوسٍ أَوْ غَيْرِهِ فِي بَيْعٍ وَسُكَّا وَاتَّحَدَتْ وَعُرِفَ الْوَزْنُ وَانْتُقِدَ الْجَمِيعُ كَدِينَارٍ إِلاَّ دِرْهَمَيْنِ وَإِلاَّ [فَلَا[380] نس].

متن الحطاب [بالدنانير،[381]] وكما لو اشترى عشرة أثواب كل ثوب بدينار إلا درهمين على المقاصة وعلى أن صرف الدينار عشرون درهما فيكون ثمن الأثواب تسعة دنانير، وإن فضل بعد المقاصة درهم أو درهمان فيجوز أيضا نقدا أو إلى أجل إذا تأخرت الدنانير والدراهم أو الدرهمان إلى أجل واحد؛ كمسألة سلعة بدينار إلا درهمين كما لو اشترى أحد عشر ثوبا كل ثوب بدينار إلا درهمين على المقاصة، وعلى أن صرف الدينار عشرون درهما فيكون ثمن الأثواب عشرة دنانير إلا درهمين، وإن فضل أكثر من درهمين فيجوز إن كان نقدا، ولا يجوز إن كان لأجل كالبيع والصرف؛ كما لو اشترى اثني عشر ثوبا على الحكم المتقدم؛ لأن الثمن حينئذ أحد عشر دينارا إلا أربعة دراهم، ومفهوم قوله: "بالمقاصة" أنه لو وقع البيع ولم يشترطا المقاصة لم يجز وليس على إطلاقه، بل يرجع إلى ما تقدم فيجوز إن كانت الدراهم المستثناة درهمين، نقدا كان أو إلى أجل كما تقدم، كما لو اشترى ثوبين كل واحد بدينار إلا درهما، وإن كانت الدراهم المستثناة أكثر من درهمين وهي دون صرف دينار فيجوز نقدا ولا يجوز إلى أجل كالبيع والصرف، وإن كانت أكثر من صرف دينار فلا يجوز نقدا ولا إلى أجل على المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك من منع اجتماع البيع والصرف، ولا تقع المحاسبة بعد البيع إذا لم يقع البيع بينهما على ذلك، هذا تحصيل ابن رشد في آخر سماع أشهب من كتاب الصرف، ونقله في التوضيح.

ص: **وصائغ يعطي الزنة والأجرة** ش: يعني أنه لا يجوز أن يشتري الشخص من الصائغ فضة بوزنها فضة ويدفعها له يصوغها ويزيده الأجرة كما لا يجوز له أن يراطل الشيء المصوغ بفضة ويزيده [الأجرة.[382]] قاله ابن حبيب في الواضحة. زاد ابن عرفة فقال: ولا يجوز أن يراطله الفضة ثم يدفعها إليه في المجلس ولو لم يذكر له أنه يريد صوغها حتى يتفرقا ويبعد ما بين ذلك.

318 **قلت:** ولو اشترى من الصائغ فضة بذهب ودفعها إليه ليصوغها لم يجز لعدم/ المناجزة، وقد تقدم أنه لا يجوز أن يودع أحد العوضين عند صاحبه. والله أعلم.

ص: **وبخلاف درهم بنصف وفلوس أو غيره في بيع وسكا واتحدت وعرف الوزن وانتقد الجميع كدينار إلا درهمين وإلا فلا** ش: هذه المسألة تعرف بمسألة الرد في الدرهم وصورتها أن

319 يعطى الإنسان درهما/ ويأخذ بنصفه فلوسا أو طعاما أو غير ذلك وبالبعض الباقي فضة، والأصل فيها

الحديث ....

---

[378] نس – لمعصرة نسخة.

[379] نس – قوله نصف أفصح لغاته الكسر انظر المصباح وشرح القاموس وغيرهما.

[380] نس – في حاشية ابن غازي قوله وإلا فلا كدينار ودرهمين كذا كان يصوبه شيخنا الفقيه الحافظ أبو عبد الله القوري وظاهر ح وغيره أن هذا التصويب نسخة.

[381] – في المطبوع بالدينار وما بين المعقوفين من ن عدود ص317 وم125 ويحيى51 وسيد22.

[382] – في المطبوع الاجارة وم126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص317 ويحيى52 وسيد22.

نص خليل ....

متن الحطاب المنع كما تقدم أنه لا يجوز أن يضاف لأحد النقدين في الصرف جنس آخر؛ لأنه يؤدي إلى الجهل بالتماثل، والجهل بالتماثل كتحقق التفاضل، وهذه المسألة مستثناة من القاعدة المذكورة للضرورة، وكان مالك يقول بكراهة الرد في الدرهم، ثم خففه لضرورة الناس، [وبما[383]] رجع إليه أخذ ابن القاسم وهو المشهور من المذهب، ومنع من ذلك سحنون، وفصل أشهب [فأجازه[384]] حيث لا فلوس، ومنعه في بلد يوجد فيه الفلوس، وهذه طريقة أكثر الشيوخ، وجعل ابن رشد الخلاف في البلد الذي فيه الفلوس، وعلى المشهور فذكروا للجواز شروطا ذكر المصنف غالبها:

الأول أن يكون ذلك في درهم واحد، فلو اشترى بدرهم ونصف لم يجز أن يدفع درهمين ويأخذ نصفا، وكذلك لو اشترى بدرهمين ونصف لم يجز أن يدفع ثلاثة ويأخذ نصفا وكذلك ثلاثة ونصف، وفهم بعض طلبة العلم من أهل عصرنا أن معنى هذا الشرط أن لا يشتري الشخص سلعتين أو أكثر كل سلعة بنصف درهم ويرد في كل سلعة نصف درهم قال: وأما الصور التي ذكرناها فجائزة، وما قاله ليس بصحيح،أما المنع في المسائل التي ذكرناها فقد صرح به غير واحد. [قاله[385]] القباب في شرح مسائل ابن جماعة التونسي في البيوع.

الثاني أن يكون ذلك في الدرهم الواحد احترازا من أن يدفع إليه كبيرين أو ثلاثة أو أكثر ويسترد فيها درهما صغيرا فإنه يرجع إلى أصل المنع. نص عليه ابن رشد في سماع عيسى ونقله عياض عن ابن أبي زمنين، وعبر ابن عرفة عن هذا الشرط بقوله: وشرط الرد على المشهور متفقا عليه كونه في درهم كل الثمن وسكة المردود وعدم زيادته على النصف، وأما الصور التي ذكرها فالمنع فيها ظاهر؛ لأنه إن كان العقد وقع على السلعتين أو السلع جميعا فهذا حكمه حكم العقد الواحد، ففي السلعتين يدفع له درهما، ولا يجوز أن يدفع له درهمين ويأخذ صرف درهم كامل وفي السلع الكثيرة المنع أظهر، وهذا الشرط يستفاد من قول المصنف: "بخلاف درهم" ويستفاد منه شرط ثان وهو أنه لا يجوز الرد في الدينار وهذا هو المعروف من المذهب. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الصرف لما تكلم على مسألة الرد في الدرهم: والمعروف منع رد الذهب في مثله، ونقل بعضهم جواز الرد فيه ولم يوجد النقل الذي نقله لغيره. اهـ. وقال ابن عرفة بعد أن نقل منع الرد في الدينار: قلت نقل بعضهم جواز الرد في الدينار لا أعرفه، ونقل عن بعض عدول بلدنا المدرسين أنه أفتى به، فبعث إليه القاضي ابن عبد السلام وأتاه فسأله عما نقل عنه ليؤنبه على ذلك فأنكر فتواه بذلك. اهـ.

تنبيه: هذا في غير الدينار المشترك بين اثنين. قال ابن ناجي في شرح المدونة في مسألة الحلي المشترك: أفتى ابن عبد السلام بجواز رد الذهب في مثله للشريكين في دينار مثلا أخذا من قولها في الحلي من باب أحرى؛ لأن قطع الحلي يجوز بخلاف قطع الدينار، وبذلك أفتى أبو علي بن قداح، ثم رجع إلى المنع لما بلغه عن غير واحد من التونسيين ممن كان في طبقة شيوخه كالشيخ أبي محمد الزواوي وأبي القاسم بن زيتون، ونص على الجواز أبو حفص العطار واللخمي، ولم يحفظ الشيخان

الحديث ....

---

383 – في المطبوع ولما وما بين المعقوفين من ن عدود ص319 وم126 ويحيى52 وسيد22.

384 – في المطبوع ما أجازه وما بين المعقوفين من ن عدود ص319 وم126 ويحيى52 وسيد22.

385 *– في المطبوع وم126 وسيد22 قال وما بين المعقوفين من يحيى52.

نص خليل ....

متن الحطاب

الأولان نصهما. اهـ. وفهم من حصر المصنف المسألة في نصف وفلوس مسألتان إحداهما أنه لا يشترط في المسألة أن يكون ذلك في بلد ليس فيه فلوس خلافا لبعضهم. نقله ابن يونس، وذكره في التوضيح، والثانية أنه يجوز أن يرد الفلوس مع الفضة، ونقل في التوضيح عن أشهب المنع، وعبر عنه ابن رشد بالكراهة نقل ذلك في التوضيح وغيره. الشرط الثالث أن يكون المردود النصف فأقل، فإن كان المردود أكثر من النصف لم يجز خلافا لأشهب، وقوله في المدونة: وإن أخذت بثلثه -أي الدرهم- طعاما

320 وباقيه فضة فمكروه./ اهـ. قال أبو الحسن: أي حرام وفي الأمهات فلا يجوز. اهـ. ومسألة المدونة هذه في الصرف في ترجمة الذي يصرف الدنانير بدراهم ثم يصرفها بدنانير من رجل واحد. الشرط الرابع أن يكون ذلك في بيع يريد أو ما في معناه من إجارة أو كراء، ولا يجوز في صدقة ولا هبة ولا قرض.

تنبيه: قال القباب: إنما يجوز الرد في الكراء والإجارة بعد استيفاء جميع المنافع فلا يجوز أن يعطى نعله ودلوه لمن يخرزه على أن يعطيه درهما كبيرا ويرد عليه الصانع درهما صغيرا ويترك عنده شيئه حتى يصنعه، ويجوز ذلك بعد تمام العمل إذا لم يكونا دخلا على ذلك في أصل العقد. اهـ.

تنبيه: وعلى هذا وقع الخلاف بين التونسيين فيمن اشترى لبنا أو مخيضا في إناء من عند البائع يحمل فيه بنصف درهم على أن البائع يرد إليه نصفا فمنهم من أفتى بالمنع نظرا إلى أنه بيع وإجارة ولم تستوف فيها المنفعة ومنهم من أفتى بجوازه ليسارة منفعة الحمل في الآنية. نقل القولين ابن عرفة في الكلام على البيع والصرف، وفي كلامه ميل إلى الجواز، ونقل ذلك ابن ناجي في شرح المدونة. ثم قال: وبالمنع كان يفتي شيخنا الشبيبي إلا أن يظهر أنه لا حصة للإناء من الثمن لوصلة تكون بينه وبينه بحيث إنه لو اشترى من عند غيره وطلبه فيه فإنه يعيره. اهـ.

قلت: أو ليسارة ثمنه بحيث إنه لو جاء المشتري بإناء من عنده لم ينقص له من الثمن. الشرط الخامس أن يكون الدرهم والنصف مسكوكين. الشرط السادس أن تتحد سكتهما وانظر ما معنى هذا الشرط؟ وما المراد منه؟ هل هو أن يكون الدرهم والنصف سكة ملك واحد، أو أن يكونا من سكة مملكة واحدة ولو تعددت الملوك إذا كان التعامل بين الناس بتلك السكك ولو كان الدرهم من سكة ملك والنصف من سكة ملك آخر ولكن جرى التعامل بين الناس على أن هذا نصف هذا؟ وعلى هذا تدل فتاوى المتأخرين. انظر البرزلي. واحترزوا بذلك مما إذا دفع درهما من سكة لا يتعامل بها، ورد عليه من سكة أخرى أو بالعكس فلا يجوز ذلك؛ لأن ذلك إنما أجيز للضرورة، ولا ضرورة فيما إذا كان أحد الدرهمين من سكة لا يتعامل بها. الشرط السابع أن يكون الدرهم ونصفه معروفي الوزن، وانظر ما المراد بهذا الشرط أيضا؟ هل هو أن يكون وزن النصف قدر نصف وزن الدرهم، أو المراد معرفة وزن كل منهما، ولو علم أن وزن النصف أكثر من وزن نصف الدرهم أو أقل؟ الظاهر الأول، ولذلك وقع الخلاف بين المتأخرين فيما إذا كان وزن النصف المردود أكثر في الوزن من وزن نصف الدرهم ولكنه لا يروج إلا بنصف درهم. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الصرف: فمن المتأخرين من يجيزه

الحديث ....

نص خليل وَرُدَّتْ زِيَادَةٌ بَعْدَهُ لِعَيْبِهِ لاَ لِعَيْبِهَا وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إلاَّ أَنْ يُوجِبَهَا.

متن الحطاب اعتبارا بالنفاق، ومنهم من يمنعه اعتبارا بالوزن، والظاهر الجواز؛ لأن أصل هذا الباب للضرورة، فإن جرى التعامل بأن هذا نصف هذا فلا عبرة بزيادة وزنه مع تحقق الضرورة للرد، ولهذا لم يذكر ابن عرفة هذا الشرط ولا الشرط الذي قبله. والله أعلم. وقد ذكر البرزلي مسألة تدل على ما اخترناه في هذين الشرطين، ونصها في مسائل الصرف: وقعت مسألة سألت عنها أشياخنا فاختلفوا فيها؛ وهي أن التعامل كان بتونس بالدراهم عددا [فجهل[386]] قدر الدراهم والأنصاف والأرباع لاختلاف السكك وتساويها في النفاق، ولكنها صارت آحادها مجهولة القدر فهل يصح الرد فيها؟ فسألت شيخنا الغبريني فمنعه.

وقاله ابن جماعة، ولم [يجسر[387]] على الجواز للضرورة لعدم فتوى من سبقه بذلك، وسألت شيخنا ابن حيدرة فقال على ما قال في الأمر المهم هو جائز، وسألت عنها شيخنا الإمام فقال: إن اضطر الإنسان يفعل، وإلا فلا قال الله تعالى: ﴿ ومن يتق الله يجعل له مخرجا ﴾ فيتحصل فيما إذا وقع الاختلاط [هكذا[388]] وعمت وغلبت الجهالة في الوزن والتفاوت في الطيب والرداءة/ والنفاق [واحد[389]] هذه الأقوال الثلاثة، والصواب فتوى شيخنا الفقيه الإمام؛ لأن أصل هذا الباب إنما هو جوازه للضرورة، فمتى وجدت أبيح الحكم، وإلا فلا.

321

الشرط الثامن أن ينقد الجميع أي السلعة المشتراة بنصف الدرهم، أو الفلوس المأخوذة بنصفه والدرهم الكبير المدفوع والنصف المردود، وهذا معنى قول المصنف: "وانتقد الجميع" وانظر ما معنى قوله كدينار إلا درهمين. والله أعلم. وفي نسخة ابن غازي: "وإلا فلا كدينار ودرهمين" قال: كذا كان يصوبه شيخنا الفقيه الحافظ أبو عبد الله القوري؛ أي وإن لم تتوفر الشروط فلا يجوز، كما لا يجوز الرد في الدينار ولا في درهمين فأكثر.

ص: **وردت زيادة بعده لعيبه لا لعيبها** ش: فهم منه أنه لو لم يوجد عيب لصح الصرف، ولا يقال إن الزيادة لما كانت ملحقة بالعقد صارت كجزء من الصرف تأخر فيفسد الصرف بتأخره؛ لأنها على مذهب المدونة هبة للصرف تبطل بالموت والفلس، وقال القاضي إسماعيل: إذا كانت الزيادة لإصلاح الصرف أبطلت الصرف. والله أعلم.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: لو قبض المشتري بعيرا فسرق فأعلم البائع فحط عنه بعض الثمن لأجل المصيبة ثم وجده رجع البائع بما وضع عنه لانتفاء السبب، وكذا لو حط عنه بسبب الخسارة فربح أو خشية الموت عن مرض حدث فعوفي فإن جميع ذلك كالشرط. اهـ. والمسألة في نوازل سحنون من جامع البيوع.

ص: **وهل مطلقا** ش: أي سواء أوجب الزيادة أو لم يوجبها عينها أو لم يعينها فإنه لا يردها إذا ظهر فيها عيب، وهذا تأويل من حمل كلام الموازية على الخلاف للمدونة.

ص: **أو إلا أن يوجبها** ش: هو أحد تأويلي من حملها على الوفاق، والمعنى أن قوله في المدونة: "ليس لك رد الزيادة لعيب فيها" محمول على ما إذا لم يوجبها، أما إذا أوجبها فإنه يردها إذا وجد بها

الحديث ....

[386] *- في مطبوع نوازل البرزلي، يجهل وفي م فحصل.

[387] - في المطبوع يجبر وما بين المعقوفين من م127 وسيد22 ونوازل البرزلي، ج3 ص334.

[388] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص320 ويحيى53 وسيد22.

[389] - في المطبوع وأحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص321 وم127 ويحيى53 وسيد22.

نص خليل أَوْ إِنْ عُيِّنَتْ تَأْوِيلاَتٌ وَإِنْ رَضِيَ بِالْحِضْرَةِ بِنَقْصِ [وَزْنٍ[390] س] أَوْ [بِكَرَصَاص[391] س] بِالْحِضْرَةِ أَوْ رَضِيَ بِإِتْمَامِهِ أَوْ بِمَغْشُوشٍ مُطْلَقًا صَحَّ.

متن الحطاب عيبا ويبدلها ولا ينتقض الصرف كما نقله ابن عرفة عن ابن يونس وعبد الحق قالوا كما إذا قال له نقصتني عن صرف الناس فزدني، فيفهم أنه إذا زاده فقد ألحقه بصرف الناس فقد أوجب الزيادة.

ص: **أو إن عينت** ش: هذا هو التأويل الثاني لمن حمل ما في الموازية على الوفاق لما في المدونة، والمعنى أن ما في المدونة محمول على ما إذا عين الزيادة فقال له أزيدك هذا الدرهم مثلا فلا رد له إن كان زائفا، وأما إن لم يعين بل قال أزيدك درهما فعليه البدل كما في الموازية، ورد المازري هذا التأويل بأن قوله في المدونة: "فزاده درهما نقدا أو إلى أجل" يرد هذا التأويل؛ لأن الذي إلى أجل غير معين. قال في التوضيح: وفي كلام عبد الحق إشارة إلى الجواب عن هذا لأنه تأول قوله إلى أجل على أنه قال أنا أزيدك، أو قال تأتيني عند أجل كذا وكذا فجاءه عند الأجل فأعطاه درهما فوجده زائفا فليس عليه بدله لأنه راض بما دفع إليه ولم يلتزم غيره، بخلاف قوله أزيدك درهما فإنه يحمل على الجيد.

تنبيهان: الأول: قال سند: الزيادة هبة لأجل العقد إن مات واهبها قبل قبضها بطلت، وكذا إن استغرق الدين ماله أو كان وكيلا عن غيره، ونقله ابن عرفة وقال بعده: قلت لا يبطل في الوكيل مطلقا بل يمضي إن كان لمصلحة البيع.

الثاني: قال ابن عرفة: قولها: "إن رد الدينار بعيب ردت الزيادة" ينافي قول اللخمي يجوز أن يزيده قرضا يقرضه؛ لأنه إن كان القرض لتمام عقد الصرف فهو سلف جر منفعة، وإن لم يكن لتمام عقد الصرف فلم يزده شيئا. قال: ويجاب بأن الممنوع السلف/ لإحداث نفع [مقارن[392]] أو لاحق، وأما السابق فيستحيل كونه جره. اهـ. 322

قلت: هذا غير ظاهر؛ لأن النفع لاحق وهو عدم نقض الصرف. فتأمله منصفا. والله أعلم.

ص: **وإن رضي بالحضرة بنقص قدر أو بكرصاص بالحضرة أو رضي بإتمامه أو بمغشوش مطلقا صح** ش: لما ذكر أن التأخير يفسد الصرف أخذ يذكر حكم ما إذا حصلت المناجزة ثم ظهر في أحد النقدين أو فيهما عيب أو نقص أو استحقاق أحدهما فرد بالعيب. قال ابن غازي: القدر يشمل العدد والوزن والإتمام يشمل تكميل الوزن والعدد وتبديل الرصاص ونحوه ولا يشمل تبديل المغشوش المذكور بعده، ومعنى الإطلاق في المغشوش كان رضي قابضه به بالحضرة أم لا، ولا شك أن الغش نقص صفة لا قدر والرصاص الصرف ونحوه متردد بينهما، وقد درج المصنف هنا على إلحاقه بالقدر. انتهى.

قلت: قوله: "نقص قدر" كذا في بعض النسخ وفي كثير من النسخ نقص وزن، والأولى أحسن لشمولها

الحديث ....

---

[390] س – بنقص قدر نسخة.

[391] س – فتح راء الرصاص إما متعين أو أرجح من كسرها كما يتحصل من كتب اللغة.

[392] * – في المطبوع مقارب وما بين المعقوفين من ن عدود 322 و م127 ويحيى53 وسيد23.

نص خليل وَأجْبِرَ عَلَيْهِ إن لَّمْ تُعَيَّنْ وَإنْ طَالَ نُقِضَ إنْ قَامَ بِهِ.

متن الحطاب نقص الوزن والعدد كما قال ابن غازي، والثانية لا يفهم منها حكم العدد، وقوله: "أو بكرصاص بالحضرة" يعني إذا وجد في الدراهم رصاصا وما أشبهه فهو كنقص القدر فيجوز الرضا به بالحضرة، وقوله: "أو رضي بإتمامه" أي بإتمام نقص القدر وبإبدال الرصاص وشبهه، وتقييد المصنف الصحة بالحضرة يفهم منه أنه لا يصح الرضا بنقص القدر ولا بالرصاص ونحوه بعد التفرق، وهو كذلك بالنسبة إلى نقص المقدار العددي كما سيأتي، وأما غيره فيجوز الرضا به بعد التفرق على المشهور كما قاله في التوضيح، وكما يفهم من قول المصنف بعد هذا: "إن قام به" وإنما ذكر المصنف هذا القيد هنا -والله أعلم- للتفصيل في ذلك مع الطول بين نقص العدد ونقص المقدار، وليرتب عليه قوله: "وأجبر على إتمامه"

وأما تكرير قوله: "بالحضرة" مع قوله: "بكرصاص" فلزيادة البيان فيما يظهر، وأما قول ابن غازي إنه لا يشمل الإتمام بتبديل المغشوش المذكور بعده فمراده أنه لا يشمل كلام المصنف، وذلك واضح لأن المصنف أخره عن قوله: "أو رضي بإتمامه" ولو أراد شموله لقدم قوله: "أو بمغشوش" على قوله: "أو رضي بإتمامه" وإنما أخره المصنف لأنه أراد أن يبين أن الرضا بالمغشوش يصح ولو بعد التفرق، فلو قدم قوله: "أو رضي بالمغشوش مطلقا" على قوله: "أو رضي بإتمامه" لأوهم أنه يجوز الرضا بتبديل المغشوش بعد التفرق، وذلك لا يجوز على المشهور، كما يفهم من قول المصنف: "وإن طال نقض إن قام به" ولا يريد ابن غازي أنه إذا رضي بتبديل المغشوش بالحضرة لا يصح الصرف بل ذلك صحيح من باب أولى إذ لا خلاف في جواز الرضا به. قال في التوضيح عن اللخمي والمازري: لا خلاف في جواز الرضا به؛ لأن القبض في المقدار المعقود عليه حصل، وإنما وقع النقص في صفته فله الرضا به والمغشوش هو الذي يسمى بمصر معايرا. قاله في التوضيح. قال: وتسميه المغاربة النحاس، وفي المدونة الستوق. اهـ.

323 ص: وأجبر عليه إن لم يعين ش: أجاز الشارح في الضمير في عليه وجهين/ أحدهما أن يكون راجعا إلى نقص العدد، والثاني أن يكون راجعا إلى الإتمام الذي هو تكميل الوزن والعدد وتبديل الرصاص، وهذا الثاني هو الظاهر، وعليه اقتصر ابن غازي، ونصه: الضمير في عليه يعود إلى الإتمام الذي هو تكميل الوزن والعدد وتبديل الرصاص ونحوه. اهـ. ومفهوم قوله: "إن لم يعين" أنه إن كانت الدنانير أو الدراهم معينة لا يجبر على البدل، وهو أحد القولين اللذين ذكرهما ابن الحاجب وغيره، وقال القابسي في تصحيح كلام ابن الحاجب، وشهره ابن بشير.

ص: وإن طال نقض إن قام به ش: هذا مقابل لقوله بالحضرة والمعنى أنه إن اطلع في أحد النقدين بعد عقد الصرف على نقص قدر أو على رصاص ونحوه أو على مغشوش وكان ذلك بعد المفارقة أو الطول وقام واجده يطلب تكميل النقص وتبديل الرصاص والمغشوش فإن الصرف ينتقض قال ابن غازي ومفهوم قوله: "إن قام به" أنه إن رضي به صح وإن طال، قال فإن قلت هذا خلاف مفهوم قوله أولا "وإن رضي بالحضرة" قلت قصاراه تعارض مفهومين في محل مختلف فيه فخطبه سهل اهـ

الحديث ....

نص خليل كَنَقْصِ الْعَدَدِ.

متن الحطاب قلت: ولم يبين رحمه الله أي المفهومين يعتمد عليه والمعتمد منهما هو المفهوم الآخر وهو أنه إن رضي به صح وإن طال لأنه مفهوم شرط بخلاف الأول فإنه مفهوم ظرف وتقدم بيان سببه فلا عبرة به إلا إذا كان النقص في العدد فلا بد من نقض الصرف ولا يجوز الرضا به كما سيصرح به المصنف والله أعلم

ص: كنقص العدد ش أي فإنه إذا وجد نقص في عدد أحد النقدين بعد المفارقة والطول فلا بد من نقض الصرف ولا يجوز الرضا به وهذا هو مذهب المدونة قال المصنف في التوضيح إنه المشهور من المذهب ونصه والمشهور جواز الرضا مطلقا سواء كان النقص يسيرا أو كثيرا لكن بشرط أن يكون النقص في الوزن وأما إن كان النقص في العدد فإنه لا يجوز الرضا على المشهور اهـ وقال ابن غازي ظاهر كلام المصنف أن نقص العدد يوجب النقض مع الطول قام به أم لا بخلاف نقص الوزن فكأنه فرق في هذا المحل بين نقص الوزن والعدد بخلاف ما تقدم وقد صرح في التوضيح بتعاكس المشهور فيهما وذكر لفظ التوضيح ثم قال وعهدته عليه انتهى

قلت: ظاهر كلام ابن غازي رحمه الله يقتضي إنكار ما ذكره المصنف من التفريق بين نقص الوزن ونقص العدد وإن عهدته عليه وما ذكره المصنف في ذلك نص عليه في المدونة وقاله غير واحد، قال في كتاب الصرف من المدونة: وإن صرفت من رجل دينارا بدراهم ثم أصبتها بعد التفرق زيوفا أو ناقصة فرضيتها جاز ذلك وإن لم ترضها انتقض الصرف وإن تأخر من العدد دراهم لم يجز أن ترضى بذلك لوقوع الصرف فاسدا قال أبو الحسن قوله: "زيوفا" أي مغشوشة وقوله: "ناقصة" أي ناقصة/ 324 الآحاد أي ناقصة في وزن الآحاد لا ناقصة العدد والفرق بين نقص العدد في أنه لا يجوز الرضا به وبين نقصان الآحاد أن له أن يرضى [أن[393]] نقصان العدد إنما يكون عن تفريطه في الأغلب ونقصان الآحاد ليس كذلك انتهى ونحوه في التنبيهات انتهى.

وقال في النوادر قال مالك: وإن وجد الدنانير القائمة ناقصة بعد التفرق فتجاوزها فذلك جائز نقصا في غير العدد انتهى ويمكن أن يكون اعتراضه على المصنف إنما هو في إطلاقه في نقص الوزن أنه يجوز الرضا به، وقد فصل اللخمي في ذلك كما ذكره ابن غازي بين أن يكون التعامل بالوزن فينقص عدد الموزون كما إذا صرف مائة مثقال فوجدها تسعة وتسعين، أو يكون التعامل بالعدد فيقع النقص في آحاد المعدود كما إذا صرف مائة دينار قائمة وقبضها فوجد فيها دنانير ينقص وزنها عن الوزن المعتاد فالأول حكمه حكم نقص العدد لا يجوز الرضا به، والثاني هو الذي يجوز الرضا به.

قال ابن غازي إثر كلامه السابق: والذي رأيت للخمي أن النقص في الصرف على وجهين في العدد وفي الوزن، وهو في الوزن على وجهين أحدهما أن تكون [الدنانير[394]] مجموعة، والثاني أن تكون عددا كالقائمة والفرادى فيجد كل [دينار[395]] ناقصا عن الوزن المعتاد فإن انعقد الصرف على مائة دينار عددا أو على الوزن إلا أنها غير معينة فوجدها تسعة وتسعين فالمشهور من المذهب أن الصرف ينتقض قام بحقه في ذلك النقص أو لم يقم، وإن كان الصرف على قائمة أو فرادى

الحديث ....

393 - في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص324 وم128 ويحيى54 وسيد23.

394 - في المطبوع الدراهم وما بين المعقوفين من شفاء الغليل، ج2 ص615.

395 - في المطبوع درهم وما بين المعقوفين من شفاء الغليل لابن غازي، ج2 ص615 وسيد23.

نص خليل وَهَلْ مُعَيَّنُ مَا غُشَّ كَذَلِكَ أَوْ يَجُوزُ فِيهِ الْبَدَلُ تَرَدُّدٌ وَحَيْثُ نُقِضَ فَأَصْغَرُ دِينَارٍ إلاَّ أَنْ يَتَعَدَّاهُ فَأَكْبَرُ مِنْهُ لاَ الْجَمِيعُ.

متن الحطاب أو ما أشبه ذلك مما الصرف فيه على العدد، فوجد بعضها ينقص عن الوزن المعتاد كان كالزائف إن تمسك به [ولم[396]] يقم صح الصرف، وإن رده دخل الخلاف هل يفسخ ما ينوبه أو جميع الصرف؟ انتهى. فيمكن أن يكون اعتراض ابن غازي على المصنف من هذه الحيثية حيث أطلق في جواز الرضا بنقص الوزن ويمكن أن يجاب عن المصنف بأنه حيث انعقد الصرف على مائة مثقال أو دينار بالوزن ثم وجدت تسعة وتسعين كان ذلك من نقص العدد فتأملها. والله أعلم. والدراهم المجموعة هي المجموعة من أنواع متعددة من ناقص ووازن وكبير وصغير، والمعتبر فيها الوزن والقائمة هي الدراهم التي من نوع واحد جيد كامل في الوزن إذا جمعت زادت في الوزن، والفرادى كالقائمة إلا أنها إذا جمعت نقصت.

ص: وهل معين ما غش كذلك أو يجوز فيه البدل تردد ش: أي وهل إذا كان المغشوش معينا كقوله بعنى هذه الدنانير بهذه العشرين درهما كما إذا كان غير معين فينتقض الصرف إذا قام به وأراد تبديله أو المعين بخلاف غيره فيجوز في المعين إبدال المغشوش ولو كان بعد التفرق والطول تردد المتأخرون في ذلك أي اختلفوا في نقل المذهب على طريقين أحدهما للخمي، وأصله لأبي بكر بن عبد الرحمن أن المذهب كله على إجازة البدل في المعين؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما شيء فلم يزل مقبوضا إلى وقت البدل بخلاف غير المعين لأنهما افترقا وذمة أحدهما مشغولة، والطريق الثانية عزاها في الجواهر لجل المتأخرين وأصلها لابن الكاتب أن القولين في المعين كغير المعين.

تنبيه: قال في التوضيح: إذا كان الصرف على دراهم ودنانير غير معينة كما لو قال بعني عشرة دنانير بمائتي درهم فقولان أحدهما النقض للمازري وهو المشهور، والثاني جواز البدل لابن وهب، وحكى اللخمي هذين القولين فيما إذا وقع التعيين من جهة دون أخرى، ولم يحك في البطلان فيما إذا لم يحصل التعيين خلافا. انتهى.

قلت: تعلم من هذا الكلام أن اللخمي إنما يقول إن المذهب جواز البدل إذا كان التعيين من الجهتين كما فرضنا المسألة، وأما إذا كان التعيين من إحدى الجهتين ففي ذلك قولان، وإن لم يحصل تعيين فلم يحك في البطلان خلافا فتأمله، فإنه قد يتبادر من كلام المصنف أن التعيين كاف ولو كان من/ جهة واحدة. والله أعلم.

325

ص: وحيث نقض فأصغر دينار إلا أن يتعداه [فأكبر[397]] منه لا الجميع ش: يعني إذا قلنا بنقض الصرف لأجل الاطلاع على نقص في الوزن أو العدد أو في الصفة كالمغشوش فإنه إنما ينتقض صرف أصغر الدنانير لا الجميع ولا ينتقل عن الأصغر إلى ما هو أكبر منه إلا إذا تعدى النقص أو الغش صرف الأصغر فينتقل إلى دينار أكبر منه، وهذا إذا كان الصرف على سكة واحدة، فإن اختلفت

الحديث ....

[396] – في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص324 وم128 ويحيى54 وسيد23.

[397] – في المطبوع بأكبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 وم128 ويحيى55 وسيد23.

نص خليل وَهَلْ وَلَوْ لَمْ يُسَمِّ لِكُلِّ دِينَارٍ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب السكك فسيذكر ذلك المصنف.

تنبيه: إذا وقع الصرف على تبر ثم وجد الدراهم زيوفا فإنما ينتقض قدر صرف الدرهم من التبر وإن كان مصوغا فإن كان متساويا كأسورة متساوية فإنه ينتقض من الصرف قدر ما يقابل زوج أسورة فقط حتى يجاوز ذلك أما إن تفاوتت الأسورة فيفسخ الجميع. قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف، ونحوه في النوادر. قال ابن رشد: كل ما هو زوجان لا ينتفع بأحدهما دون صاحبه كالخفين والنعلين والسوارين والقرطين فوجود العيب بأحدهما كوجوده بهما جميعا.

ص: وهل ولو لم يسم لكل دينار تردد ش: أي وهل الحكم المذكور وهو فسخ أصغر دينار إلا أن يتعداه فأكبر منه دون فسخ جميع الصرف، سواء سمى لكل دينار عددا من الدراهم أو لم يسم أو إنما ذلك مع التسمية، وأما إن لم يسم فينتقض صرف الجميع تردد أي اختلف المتأخرون في نقل المذهب في ذلك هذا معنى كلامه الذي يظهر أنه لا حاجة لذكر هذا التردد، بل ذكره يشوش الفهم فإن المصنف في التوضيح ذكر في ذلك طريقين: أحدهما للمازري وابن عبد السلام أن المذهب اختلف هل ينتقض جميع الصرف، أو إنما ينتقض صرف أصغر دينار؟ وهو المشهور، سواء سميا لكل دينار عددا أم لا، والطريق الثانية للباجي أنه إن سميا لكل دينار شيئا فلا خلاف أنه إنما ينتقض صرف دينار وإن لم يسميا فقولان المشهور أنه لا ينتقض إلا صرف دينار فأنت ترى طريقتين متفقتين على أن الراجح من المذهب أنه إنما ينتقض صرف دينار غاية ما فيه أن كلام الباجي يقتضي أنه لا خلاف في ذلك مع التسمية وليس في كلام المصنف ما يفيده فتأمله منصفا.

ونص كلام المصنف رحمه الله في شرح قول ابن الحاجب: وإذا قيل بالنقض للنقص مطلقا فخمسة قيل ينتقض الجميع، وقيل إن لم يسم لكل دينار، وقيل دينار، وقيل أو كسر إن كان النقص يقابله أو أقل، وقيل ما يقابل النقص؛ أي إذا قيل ينقض الصرف لأجل النقص مطلقا؛ أي في المقدار والصفة والتعيين وعدمه فخمسة أقوال الأول ينتقض الجميع. عزاه اللخمي لابن القاسم في العتبية؛ لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطل كلها.

والثاني ينتقض الجميع إن لم يسم لكل دينار شيئا كما إذا قال هذه العشرة دنانير بمائتي درهم، وأما إن سمى كقوله كل عشرين بدينار فإنما ينتقض في دينار إن لم يقابل الزائف أكثر منه وهو قول القاضي إسماعيل وعبد الوهاب والجلاب وزعم الباجي أن الخلاف يرتفع إذا سمى لكل دينار وأنه لا ينتقض إلا دينار وإنما الخلاف إذا لم يسم، ورد عليه المازري بأن الروايات وقعت مطلقة، وإنما فصل هذا التفصيل من تقدم ذكرهم، والثالث إنما ينتقض صرف دينار واحد سميا أم لا. المازري وابن عبد السلام وغيرهما وهو المشهور.

والرابع أنه ينتقض صرف أصغر دينار، والفرق بينه وبين الثالث أنه على الثالث ينتقض صرف دينار كامل ولا ينتقض على الرابع إلا صرف أصغر الدنانير، وتبع في هذا ابن بشير وابن شاس وفي نقلهم نظر؛ لأن المازري وغيره إنما ذكروا أربعة أقوال وجعلوا القول

326 بنقض الدينار أو أقل منه قولا واحدا ونحوه لابن شاس ونقله الباجي أيضا عن ابن القاسم/ والخامس على نقل المصنف ينتقض ما يقابل البعض، اللخمي والمازري وهذا على القول بجواز أن يصرف بعض

الحديث ....

نص خليل وَهَلْ يَنْفَسِخُ فِي السِّكَكِ أَعْلاَهَا أَوِ الْجَمِيعُ قَوْلاَنِ وَشُرِطَ لِلْبَدَلِ جِنْسِيَّةٌ وَتَعْجِيلٌ وَإِنِ اسْتُحِقَّ مُعَيَّنٌ سُكٌ بَعْدَ مُفَارَقَةٍ أَوْ طُولٍ أَوْ مَصُوغٌ مُطْلَقًا نُقِضَ.

متن الحطاب دينار. انتهى كلام التوضيح. ونص كلام الباجي في المنتقى إذا قلنا بمنع البدل فلا يخلو الذهب إما أن يكون من جنس واحد أو مختلف الجنس فإن كان من جنس واحد فإن بيعه يكون على ضربين أحدهما أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم فهذا لا خلاف [أنه[398]] لا ينتقض منه إلا بقدر دينار واحد، والثاني أن يذكر جملة الصرف خاصة فيقول أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم فالمشهور من المذهب أنه لا ينتقض منه إلا دينار واحد، وقال القاضي أبو محمد ينتقض جميع الصرف. انتهى. إذا علم ذلك فقد علمت من كلامه أن الطريقتين اللتين أشار إليهما بالتردد هما طريقة الباجي وطريقة المازري ومن وافقه، فالمازري ومن وافقه يقولون المشهور أنه لا ينتقض إلا صرف أصغر دينار سميا لكل دينار أو لم يسميا، ومقابل المشهور ينتقض الجميع سميا أو لم يسميا، والباجي يقول إن سميا فلا ينتقض إلا صرف دينار بلا خلاف وإن لم يسميا ففيه الخلاف، والمشهور أنه لا ينتقض إلا صرف دينار، وليس هنا من رجح نقض الجميع حتى يشير إليه بالتردد فافهمه. والله أعلم.

ص: **وهل ينفسخ في السكك أعلاها أو الجميع قولان** ش: يعني أن الصرف إذا وقع على سكك متعددة وكانت مختلفة ففيها أعلى وأدنى فقال أصبغ يختص الفسخ بالدينار الأعلى والأطيب، وقال سحنون يفسخ الجميع، وظاهر كلام ابن يونس وابن رشد والباجي ترجيح القول الثاني. والله أعلم.

ص: **وإن استحق معين سك بعد مفارقة أو طول أو مصوغ مطلقا نقض** ش: يعني أن الصرف إذا كان بمسكوك من الجهتين أو من [إحديهما[399]] وكان ذلك المسكوك معينا ثم استحق ذلك المسكوك المعين بعد أن [افترق[400]] المتصارفان أو قبل أن يفترقا ولكن بعد طول المجلس طولا لا يصح معه الصرف أو كان الصرف على مصوغ من الجهتين أو من أحدهما ثم استحق ذلك المصوغ مطلقا؛ أي سواء كان استحقاقه بحضرة العقد قبل المفارقة والطول أو بعد أحدهما أو بعدهما فإن الصرف ينتقض في جميع ذلك، فأما إذا استحق المصوغ فالمذهب انتقاض الصرف كما ذكر، ولم أر فيه خلافا.

327 قال ابن عبد السلام: لأن المصوغ مراد لعينه فينتقض البيع بسبب/ استحقاقه فكيف بالصرف، وأما المسكوك المعين إذا استحق بعد المفارقة والطول فما ذكره المصنف من انتقاض الصرف صحيح، وهو المشهور عند ابن شاس وابن الحاجب وغيرهما، وظاهر كلام الرجراجي وابن الكاتب أنه منتقض بلا خلاف، وظاهر كلام المصنف أن الانتقاض معناه الفسخ وأنه لا يجوز البدل ولو رضيا بذلك، وهكذا قال الرجراجي، وقال اللخمي: يجوز البدل مع المراضاة ولو كان بعد الافتراق والطول، وأما كلام ابن عبد السلام فليس هو مع الطول والافتراق كما يفهم ذلك من كلامه بالتأمل، وإنما قلنا

الحديث ....

---

[398] - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص326 وم129 ويحيى55 وسيد23.

[399] - في المطبوع أحدهما وم129 وسيد23 وما بين المعقوفين من ن عدود ص326 ويحيى55.

[400] - في المطبوع افترقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص326 وم129 ويحيى55 وسيد23.

نص خليل وَإِلاَّ صَحَّ وَهَلْ إِنْ تَرَاضَيَا تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب إن ظاهر كلام المصنف أنه لا يجوز البدل؛ لأنه لم يذكر الطريقتين في جواز الرضا إلا مع عدم الطول والمفارقة كما سيأتي.

ص: وإلا صح وهل إن تراضيا تردد ش: أي وإن استحق المسكوك المعين ولم يحصل طول ولا مفارقة بل استحق بالحضرة فإن الصرف صحيح لا ينتقض ويعطيه بدل المستحق ثم اختلف المتأخرون في نقل المذهب هل عدم انتقاض الصرف محله ما إذا تراضيا يعني المتصارفين بالبدل، وأما إن لم يتراضيا بالبدل فلا يجبران عليه ويفسخ الصرف، أو يجبر صاحب الدراهم المستحقة على البدل ويصح الصرف وإن لم يتراضيا في ذلك؟ طريقتان الأولى منهما لابن يونس واللخمي والمازري والرجراجي، والثانية لابن الكاتب وابن عبد السلام هذا أقرب ما يحمل عليه كلام المصنف ويكون لم يتكلم على المسكوك غير المعين، والحكم فيه أنه إن حصل الاستحقاق بعد المفارقة أو الطول انتقض الصرف [بلا[401]] خلاف على ظاهر كلام الرجراجي واللخمي، بل صرح بذلك ابن الكاتب فيما نقله عنه ابن عرفة، وأما إن لم يحصل مفارقة ولا طول.

فحكى في التوضيح عن بعضهم أنه لا ينتقض بلا خلاف، وهو ظاهر كلام اللخمي والمازري وابن الكاتب وابن عبد السلام، وظاهر كلام ابن الحاجب أن فيه خلافا والمشهور عدم النقض، وظاهر كلام الرجراجي أن الصرف منتقض على قول ابن القاسم ولكن يجوز البدل، وظاهر المدونة أن مذهب ابن القاسم أنه إذا استحقت الدراهم قبل المفارقة والطول انفسخ الصرف، سواء كانت معينة أو غير معينة، لكنه إذا أبدلها له بالحضرة وتراضيا جاز وأن أشهب يقول بالفسخ في المعينة وبعدمه في غيرها، وأما إن حصل طول أو افتراق فإنه يفسخ الصرف والمسألة كثيرة الاضطراب، وهذا محصل النقل فيها، ولنذكر نصوص أصحابنا في ذلك ليراجعها من أراد ذلك. والله أعلم.

قال المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "ولو استحق المسكوك بعد المفارقة أو الطول والتعيين انتقض على المشهور وإلا فالعكس": [أي[402]] إذا اصطرفا بمسكوك من الجانبين أو من جانب فاستحق المسكوك بعد المفارقة أو بعد أن طال المجلس، وإن لم يفترقا أو كان المسكوك المعقود عليه معينا وإن لم يحصل طول ولا مفارقة فإن الصرف ينتقض على المشهور؛ إذ لا يلزمه غير ما عين، وإن لم يعين فقد تعينت بالقبض أو المفارقة على ما نقله ابن رشد كما تقدم، ورأى في الشاذ أنها لا تتعين فيجبر على البدل في الثلاثة وقوله وإلا فالعكس أي وإن لم يكن مفارقة ولا طول ولا تعيين لم ينتقض، قال بعض من تكلم على هذا الموضع: والمراد بالعكس عدم النقض فقط لا باعتبار دخول الخلاف وانعكاس المشهور؛ [لأنه[403]] إذا لم يكن طول ولا افتراق ولا تعيين أجبر على البدل إذا كان عنده غيرها باتفاق، وكلام المصنف يعني ابن الحاجب قريب من كلام صاحب الجواهر، وذكر أن المشهور مذهب المدونة وعزا الشاذ لأشهب وجعل هذا الخلاف إذا حصلت المفارقة أو الطول، وقال ابن الكاتب إنما خلاف ابن القاسم وأشهب إذا حصل الاستحقاق بالحضرة

الحديث ....

---

401 – في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص327 وم129 ويحيى56 وسيد24.

402 – في المطبوع أما وما بين المعقوفين من ن عدود ص327 وم129 ويحيى56 وسيد24.

403 – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص327 وم129 ويحيى56 وسيد24.

نص خليل ....

متن الحطاب فعند ابن القاسم يلزمه الإتيان بمثلها، سواء وقع الصرف على معين أم لا، وعند أشهب لا يلزمه ذلك إن كانت الدراهم معينة،/ وأما إذا كانت غير معينة فينتقض، وذكر ابن عبد السلام أن القرويين 328 اختلفوا في محل القولين اللذين في المدونة هل هو بعد الافتراق والطول، أو عند عدم كل واحد منهما؟ ولنذكر لفظه في المدونة ليتبين لك الفهمان. قال فيها: ومن اشترى إبريق فضة [بدنانير[404]] أو دراهم فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع لأنه صرف ومن صرف دنانير بدراهم فاستحقت الدراهم انتقض الصرف، وقال أشهب لا ينتقض إلا أن تكون الدراهم معينة يريه إياها، وأما إن باعه من دراهم عنده أو من كيسه أو من تابوته فعليه مثلها مكانه ما لم يفترقا. ابن القاسم: ولو أنه إذا استحقت ساعة [صارفه[405]] قال خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز ولو طال أو تفرقا لم يجز. فقوله في قول أشهب مكانه لم يفترقا دليل على أنه إنما يخالف ما إذا كان بالحضرة، وقوله في المدونة في أول المسألة فينتقض الصرف يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة.

تنبيهان: الأول: قيد ابن يونس قوله في المدونة أنها إذا استحقت وقال ساعة [صارفه[406]] خذ مثلها جاز إذا تراضيا، وكذلك قال ابن المواز وغمز أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط التراضي قال: لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز بالتراضي لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله: "لم يفترقا" معنى لأنهما إذا افترقا وتراضيا على خلف الدراهم المستحقة صار ذلك مستأنفا لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم. المازري: وهذا قد يعتذر عنه بأنه قيد بقوله ما لم يفترقا؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا ببدل الدراهم المستحقة صار ذلك تتمة العقد المتقدم الذي كشف الغيب أنهما لم يتناجزا فيه، وقد تتطرق التهمة بكون العاقدين أو أحدهما قصد إلى ذلك في أصل العقد.

التنبيه الثاني: ما تقدم من كلام المصنف يعني ابن الحاجب أو التعيين ثابت في بعض النسخ التي رأيتها، وكذا ثبت في نسخة ابن راشد وسقط من نسخة ابن عبد السلام؛ والإثبات موافق لكلام المازري وابن شاس فإنهما أشارا إلى أنه إن حصل التعيين ينتقض الصرف ولو مع الحضرة على المشهور؛ لأنهما نصا على أن هذه المسألة تجري على الخلاف في تعيين الدراهم بالتعيين، وقد صرح اللخمي بذلك أعني بالنقض إذا كانت الدراهم معينة، سواء استحقت بالحضرة أم لا، لكنه مخالف لما تقدم من أن ابن القاسم يجيز البدل في الدراهم مطلقا سواء كانت معينة أم لا، وإنما يأتي الإثبات على قول أشهب فتأمله. اهـ كلام التوضيح. فانظر هذا الاضطراب الذي في هذه النقول، بل كلام المدونة نفسه ظاهر التناقض كما سيأتي في كلام ابن عرفة، وقال اللخمي إن كان الصرف دنانير بأعيانها بدراهم بأعيانها فاستحق أحدهما انفسخ الصرف، وسواء كان الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده، وإن دعا من استحق ذلك من يده إلى خلفه لم يجبر الآخر على ذلك، وإن رضي بائع المستحق بخلفه لم يجبر الآخر على

الحديث ....

404 *- في المطبوع وم129 بدينار وما بين المعقوفين من يحيى56 وسيد24.

405 - في المطبوع صارخه وما بين المعقوفين من ن عدود ص328 ويحيى56 وسيد24 وم129.

406 - في المطبوع صارخة وما بين المعقوفين من ن عدود ص328 ويحيى56 وسيد24.

نص خليل ....

متن الحطاب

قبوله، وإن رضيا جميعا هذا بخلفه وقبل الآخر جاز ذلك، وسواء كان الاستحقاق قبل الافتراق أو بعده، فإن كان الصرف على غير معين، والاستحقاق قبل التفرق والمثل حاضر مع بائع المستحق أجبر على أن يعطي مثل ما استحق، وإن استحق بعد الافتراق انفسخ الصرف، ولا يجوز أن يتراضيا على مثل المستحق لأنه إنما دفع الآن ما كان حقه أن يدفع يوم كان الصرف فذلك فاسد، إلا على قول من أجاز البدل[1]. اهـ.

ونقل ابن عرفة عن المازري نحوه، ومثله طريقة ابن شاس وابن الحاجب على النسخة التي شرحها المصنف. وقال الرجراجي: إن كان الاستحقاق بعد الطول أو الافتراق فالصرف منتقض ولا يلزم البدل بل لا يجوز وإن كان قبل الافتراق والطول، فإن وقع على دراهم معينة فالمذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما الصرف منتقض والبدل جائز، وهو قول ابن القاسم والثاني الصرف والبدل لازم وهو قول أشهب./ اهـ. فتحصل من كلامهم أنه إذا استحق المسكوك بعد المفارقة أو الطول انتقض الصرف سواء كان معينا أو غير معين، لكن ظاهر كلام الرجراجي أنه ينتقض بلا خلاف، وظاهر كلام ابن شاس أن فيه خلافا كما تقدم بيانه، وأن مذهب المدونة وهو المشهور النقض، ومقابله لأشهب كما تقدم عنه في كلام التوضيح.

329

وأما إذا استحق بالحضرة فإن كان معينا انتقض الصرف كذلك بلا خلاف في طريق الرجراجي، وعلى المشهور في طريق ابن شاس ومن تبعه، وإن كان غير معين لم ينتقض بلا خلاف على ما نقل في التوضيح عن بعضهم، وهو ظاهر كلام ابن شاس والمازري، وعلى قول ابن القاسم على ما قال الرجراجي، وفهم القولين اللذين في المدونة في المسكوك غير المعين، وهو خلاف ما فهم ابن الكاتب كما تقدم في كلام التوضيح فإنه جعل خلاف ابن القاسم وأشهب فيما إذا حصل الاستحقاق بالحضرة سواء كان معينا أو غير معين، وعند ابن القاسم يلزمه الإتيان بمثلها، سواء وقع الصرف على معين أم لا، وعند أشهب لا يلزمه الإتيان بمثلها إذا تعينت، أما إن لم تتعين فيلزمه الإتيان بمثلها، ونحوه لابن عبد السلام فإنه سقط من نسخته أو التعيين فجعل معنى قول ابن الحاجب: "وإلا فالعكس" أنه إذا لم تحصل مفارقة ولا طول فينعكس النقل.

قال: والمشهور عدم الانتقاض والشاذ الانتقاض، وظاهره أن المشهور عدم الانتقاض سواء وقع الصرف على معين أو على غير معين، والشاذ يقابله في الصورتين، وذلك في المشهور صحيح، وأما الشاذ فإنما هو إذا كان المسكوك معينا، وهكذا القولان في الكتاب على خلاف بين القرويين في محل القولين هل هو قبل الافتراق والطول، أو عند عدم كل منهما؟. اهـ . وذكر ابن عرفة كلام ابن الكاتب كما ذكرناه وزاد عليه وإن طال بطل اتفاقا منهما أي من ابن القاسم وأشهب.

قال ابن عرفة: وقبل الصقلي كلام ابن الكاتب وفي قبوله نظر لأن ظاهر لفظ المدونة أولا أن قول ابن القاسم وأشهب في مسألة واحدة فإن حملت على القرب وهو نص سحنون كان قول ابن القاسم فيها انتقض الصرف خلاف نقل ابن الكاتب عنه، وإن حملت على الطول كان قول أشهب فيها لزمه إعطاء مثلها خلاف نقل ابن الكاتب اتفاقهما بعد الطول على بطلانه، وإن قيد قول ابن القاسم بالطول وقول أشهب بالقرب لم يكن بينهما خلاف، وقد نص ابن الكاتب على الخلاف بينهما. ثم

الحديث ....

نص خليل وَلِلْمُسْتَحِقِّ إِجَازَتُهُ إِن لَّمْ يُخْبَرِ الْمُصْطَرِفُ.

متن الحطاب قال: وقول ابن القاسم فيها أولا انتقض الصرف وقوله ثانيا لا بأس أن يعطيه مثلها متناقض إن حمل قوله لا بأس على عدم توقفه على رضا الآخر كما أشار إليه ابن عبد الرحمن، ولا يستقيم لفظها إلا بتوقفه على رضاه مع جواب المازري. اهـ. وبان من كلام الرجراجي ما قدمناه من أن ظاهر كلامه أنه لا يجوز البدل إذا وقع الاستحقاق بعد المفارقة أو الطول ولو كانت الدراهم معينة وهو خلاف ما قال اللخمي إن المعينة يجوز الإبدال فيها برضاهما، سواء كان ذلك بعد الافتراق أم لا. فتأمله.

وقال ابن عبد السلام في شرح ما إذا حصل الاستحقاق بالحضرة: واعلم أن مراده من الانتقاض وعدمه هنا هل يجبر دافع المستحق على إبداله إذا أمكنه ذلك، أو لا يجبر، [لا أنه[407]] يمتنع من بدله بتقدير انتقاض الصرف، وبهذا [يتفق ما[408]] بين نقل المؤلف والمدونة ثم ذكر كلام المدونة السابق، فيتعين أن يحمل كلام المصنف على المسكوك المعين فقط، وبان أيضا ما قدمناه من أن ما ذكره المصنف في المسكوك المعين من الانتقاض إذا حصل الاستحقاق بعد المفارقة والطول صحيح بلا خلاف على ظاهر كلام الرجراجي وابن الكاتب وغيرهما، وعلى المشهور من القولين على طريقة ابن شاس وابن الحاجب وغيرهما، وظاهر كلام ابن الحاجب على النسخة التي شرح عليها ابن راشد والمصنف النقض مطلقا، ولو تراضيا/ فهي طريقة ثالثة. 330

تنبيهات: الأول: إنما قلنا إن المصنف سكت عن المسكوك غير المعين لأنه قيد المسكوك أول كلامه بقوله المعين. ثم قال: [و إلا صح[409]] فإذا أدخلناه في قوله وإلا اقتضى كلامه أنه يصح الصرف في استحقاق المسكوك غير المعين ولو حصل الطول والمفارقة، اللهم إلا أن يقال يؤخذ من كلامه انفساخ الصرف مع المفارقة، والطول من باب الأولى؛ لأنه إذا حكم بانتقاض الصرف مع الطول أو المفارقة في المسكوك المعين فأحرى في غير المعين، ويكون قوله: ["وإلا صح"[410]] شاملا للمسكوك مطلقا، سواء كان معينا أو غير معين، وأنه لا ينقض الصرف فيه، وأما قوله: "وهل إن تراضيا تردد" يشير بالطريقين في المعين إلى الطريقتين اللتين ذكرناهما وفي غير المعين إلى طريق الرجراجي وغيره. فتأمله.

الثاني: إن قيل ذكر المصنف حكم المصوغ والمسكوك فما حكم التبر؟

قلت: الذي يظهر من كلام الرجراجي وابن عرفة أن حكمه حكم المسكوك. والله أعلم.

الثالث: يفهم من هذه المسألة أن العين يمكن استحقاقها وتقبل الشهادة على عينها، وقد نص على ذلك في كتاب الشهادات من المدونة.

ص: **وللمستحق إجازته إن لم يخبر المصطرف** ش: يعني إذا حكمنا بانتقاض الصرف في مسألة

الحديث ....

---

[407] – في المطبوع لأنه وم130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى57 وسيد24.

[408] – في المطبوع أيضا ما قدمناه من أن ما ذكره المصنف في المسكوك المعين من الانتقاض وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 وم130 ويحيى57 وسيد24.

[409] *– في المطبوع والأصح وما بين المعقوفين من ن عدود 330 و م130 ويحيى57 وسيد24.

[410] *– في المطبوع والأصح وما بين المعقوفين من م130 ويحيى57 وسيد24.

نص خليل وَجَازَ مُحَلًّى وَإنْ ثَوْبًا يَخْرُجُ مِنْهُ إنْ سُبِك بِأحَدِ النَّقْدَيْنِ إنْ أبيحَتْ.

متن الحطاب استحقاق المصوغ [أو المسكوك[411]] المعين فللمستحق إجازة الصرف وإلزامه للمصطرف وله نقضه وأخذ حقه بشرط أن يكون المصطرف قد أخبره مخبر بأن المصوغ أو المسكوك ليس ملكا للصارف.

تنبيه: شرط في المدونة في إجازة ذلك حضور الشيء المستحق والثمن الذي يأخذه المجيز قال فيها: ومن اشترى خلخالين من رجل بدينار أو دراهم فنقده ثم استحقها رجل بعد التفرق وأراد إجازة البيع واتباع البائع بالثمن لم يجز ذلك، ولو استحقهما قبل تفرق المتبايعين واختار أخذ الثمن فلا بأس به إن حضر الخلخالان وأخذ الثمن مكانه ولو كان المبتاع قد بعث [بهما[412]] إلى بيته، ولو افترقا لم أنظر إلى ذلك الافتراق، ولكنه إذا حضر الخلخالان وأخذ المستحق الثمن من البائع أو من المبتاع مكانه فذلك جائز وإن غاب الخلخالان لم يجز. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: التونسي: لو أمضاه في غيبة البائع وطاع المبتاع بدفع ثمنه ليرجع به على بائعه جاز، ابن عرفة: هو ظاهرها. [انتهى.[413]] والله أعلم.

ص: وجاز محلى ش: لما كان بيع المحلى مستثنى من بيع أحد النقدين بالآخر مع عدم تحقق المماثلة ومن البيع والصرف نبه على ذلك بقوله: "وجاز محلى" أي وجاز بيع المحلى بأحد النقدين بصنفه وبغير صنفه بشروط مع أن الأصل عدم جوازه ولكنه أجيز للضرورة، ثم لما كان المحلى على قسمين: منه ما تكون حليته قائمة ظاهرة كالسيف والمصحف إذا صفحا بالحلية، ومنه ما تكون حليته منسوجة فيه كالثياب المنسوجة بذلك والمطرزة به نبه على المحلى الشامل للقسمين بشرط أن يكون هذا الثاني يخرج منه إن سبك شيء، وأما لو لم يخرج منه شيء فلا عبرة بالحلية فقال:

ص: وإن ثوبا يخرج منه عين إن سبك ش: أي وإن كان المحلى ثوبا بشرط أن يخرج منه شيء إن سبك.

ص: بأحد النقدين ش: متعلق بقوله: محلى" ويحتمل أن يكون متعلقا بمحذوف أي وجاز بيعه بأحد النقدين وهو الظاهر، ثم نبه على الشروط بقوله:

ص: إن أبيحت ش: يعني أن المحلى بأحد النقدين يشترط في جواز بيعه بأحدهما، سواء كان من صنف ما فيه أو خلافه ثلاثة شروط الأول أن تكون الحلية مباحة. قال في المدونة: وما حلي بالفضة من ثوب أو سرج أو قدح أو سكين أو لجام أو ركاب مموه أو مخروز عليه أو جرز مموه أو شبه ذلك فلا يجوز بيعه بفضة وإن قلت حليته؛ لأن اتخاذ هذه الأشياء من السرف بخلاف ما أبيح اتخاذه من السيف المحلى والمصحف والخاتم، وكان مالك لا يرى بأسا أن يحلى المصحف وكان يكره هذه الأشياء التي تصاغ من الفضة مثل الإبريق ومداهن الفضة والذهب/ ومجامر الفضة والذهب والأقداح واللجم والسكاكين المفضضة وإن كان تبعا، وكره أن تشترى. انتهى. والجرز نوع من السلاح، وهو بضم الجيم وسكون الراء وآخره زاي. ذكره في التنبيهات. وقال أبو الحسن: قال عياض: ظاهره يعني الكلام

331

الحديث ....

[411] – في المطبوع والمسكوك وم130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 ويحيى57 وسيد24.
[412] – في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 وم131 ويحيى57 وسيد24.
[413] – ساقطة من المطبوع وم131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 ويحيى57 وسيد24.

نص خليل وَسُمِّرَتْ [وَعُجِّلَ مُطْلَقًا[414] س] وَبِصِنْفِهِ إِنْ كَانَتِ الثلث.

متن الحطاب المتقدم فيما لم يبح اتخاذه أنه يباع بالذهب، ونحوه في كتاب ابن حبيب وجوزها بالعروض، وإنما منع بيعها بما فيها لكن قوله بعد هذا "وكره أن تشترى" يرفع الإشكال، والأصل فيما لا يجوز اتخاذه من ذلك أنه لا يباع بما فيه ولا بغيره من العين [لجمعه[415]] البيع والصرف لغير ضرورة إلا أن يكون ما فيه من العين أقل من دينار أو من العروض وذلك على أصل ما تقدم من جمع البيع والصرف. انتهى. والله أعلم.

ص: وسمرت ش: هذا هو الشرط الثاني وهو أن تكون الحلية مسمرة على المحلى بحيث يكون في نزعها ضرر وإن لم يكن في نزعها ضرر فلا. قال في التوضيح: قال الباجي: كالفصوص المصوغ عليها [أو حلية المصحف[416]] المسمرة عليه وحلية السيف المسمرة في حمائله وجفنه، وأما القلائد التي لا تفسد [عند[417]] [نقضها[418]] فظاهر المذهب أنه لا تأثير لها في الإباحة، وذكر ابن راشد عن المتأخرين قولين بالجواز والمنع إذا كان يغرم ثمنا في رد الحلية بعد قلعها، وقال اللخمي: لم يختلفوا أنه إذا كانت الحلية منقوضة وهي تبع أنه لا يجوز أن يباع السيف وحليته بجنسها نقدا أو إلى أجل قال: وأرى إن كانت قائمة بنفسها صيغت ثم ركبت وسمرت أن يكون لها حكم المنقوض لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سمرت بمسمار. انتهى. وقال ابن بشير إن أمكن تمييز العين من العرض دون فساد ولا خسارة في رده فغير معتبرة وإن كانت لا تزول إلا بفساد فهي معتبرة وإن كانت تزول بغير فساد لكن يؤدي على ردها ثمنا ففيه قولان للمتأخرين. انتهى بالمعنى.

قال في التنبيهات: وحلي النساء كله حكمه حكم السيف إلا ما كان منظوما فليس له هذا الحكم وحكمه حكم العروض والعين إذا اجتمعا في صفقة لا يجوز إلا أن يباع كل واحد منهما على انفراده بما يجوز أن يباع به [أو[419]] تكون العين يسيرة جدا أو العرض كذلك فيباع بخلاف ما هناك من عين أو بعرض آخر ووقع في كتاب ابن حبيب أنه لا يجوز أن يباع ذلك بالوزن نقدا فتأولوه فيما فيه الذهب يسير أقل من الدينار أو الجوهر يسير، وكذلك قال ابن القاسم في حلية السيف إذا نقضت فلا تباع بفضة. انتهى.

ص: وعجل ش: هذا هو الشرط الثالث أن يكون ذلك العرض والمحلى معجلا.

ص: مطلقا ش: يعني إن هذه الشروط الثلاثة مشروطة في جواز بيع المحلى مطلقا أي سواء بيع بصنف حليته أو بغير صنف حليته.

ص: وبصنفه إن كانت الثلث ش: يعني أن المحلى إذا بيع بغير صنف حليته فيشترط فيه الشروط المتقدمة فقط وإن بيع بصنف حليته اشترط في ذلك شرط رابع وهو أن تكون الحلية الثلث. والله أعلم.

الحديث ....

---

414 س – بغير صنفه نسخة.

415 *– في المطبوع يجمعه وما بين المعقوفين من يحيى58 وم131 وفي سيد24 بجمعه.

416 *– في المطبوع وم131 ويحيى58 وسيد24 وحلية السيف وما بين المعقوفين من التوضيح ج2 ص477.

417 – أشار عندها عدود ص331 (وفي سيد24 لا تفسد عند نظمها) وم131 ويحيى58.

418 *– في المطبوع وسيد24 وم131 نظمها

419 – في المطبوع إلا أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص331 ويحيى58 وسيد25 (وفي م131 يكون).

نص خليل

وَهَلْ بِالقِيمَةِ أَوْ بِالْوَزْنِ خِلَافٌ وَإِنْ حُلِّيَ بِهِمَا لَمْ يَجُزْ بِأَحَدِهِمَا إلاَّ [أَنْ[420] س] تَبِعَا الْجَوْهَرَ وَجَازَتْ مُبَادَلَةُ الْقَلِيلِ الْمَعْدُودِ دُونَ سَبْعَةٍ.

متن الحطاب 332

ص: **وهل بالقيمة أو بالوزن خلاف** ش: يعني إذا بنينا على المشهور من أن التبع الثلث فهل يعتبر الثلث بالقيمة أو بالوزن؟ قولان مشهوران فإذا بيع/ سيف محلى بذهب بسبعين دينارا ذهبا وكان وزن الحلية عشرين ولصياغتها تساوي ثلاثين وقيمة النصل أربعون جاز على القول الثاني باعتبار الوزن دون الأول باعتبار القيمة والقول باعتبار القيمة قال ابن يونس هو ظاهر الموطإ والموازية وصدر به ابن الحاجب وعطف الثاني بقيل، والقول باعتبار الوزن قال الباجي إنه ظاهر المذهب.

تنبيه: قال في التوضيح: ما ذكرناه من أنه تنسب قيمة الحلية أو زنتها إلى مجموع ثمن المبيع فإن كانت ثلثه جاز هو المذهب الذي قاله الناس ونسب ابن بشير ذلك إلى قيمة المحلى، فإن كانت ثلثه جاز وإلا امتنع وليس كذلك؛ لأنه إذا نسبت إلى المحلى فكانت ثلثه كانت ربع الجميع. انتهى. والله أعلم.

ص: **وإن حلي بهما لم يجز بأحدهما إلا إن تبعا الجوهر** ش: أي فإن كانا تبعا للجوهر فيباع بالأقل منهما قولا واحدا. قاله صاحب الإكمال. وفي بيعه بنصف الأكثر منهما قولان. انظر ابن عرفة والتوضيح.

ص: **وجازت مبادلة القليل المعدود دون سبعة** ش: المبادلة بيع المسكوك بالمسكوك من نوعه عددا من غير وزن. قال ابن عبد السلام: فإنه إن دخل الميزان فيها عادت مراطلة والنظر يوجب منعها على الوجه الذي ذكروه؛ لأن الشرع طلب المساواة في القدر، والعلم بها غير حاصل في المبادلة فلا يجوز [وقصد[421]] المعروف على انفراده لا يصلح أن يكون مخصصا لتلك العمومات الدالة على طلب المساواة فإن الحق في طلب المساواة ليس حق آدمي بل هو من حق الله تعالى. انتهى. وقال في التوضيح: والأصل منعها إلا أنهم رأوا أنه لما كان التعامل بالعدد رأوا أن النقص يجري مجرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة، ولأنه لما كان النقص حينئذ لا ينتفع به صار إبداله معروفا، والمعروف يوسع فيه ما لم يوسع في غيره، بخلاف التبر وشبهه. انتهى. ثم قال بعد ذلك: ورأوا أن قصد المعروف يخصص العمومات كما في القرض، ألا ترى أن بيع الذهب بالذهب نسيئة ممتنع فإذا كان على وجه القرض جاز.

وقال ابن عرفة: المبادلة. ابن بشير: بيع العين بمثله عددا، والمذهب حرمة بيع دينار بدينارين. قال اللخمي: وأجازه المخزومي وعلى المعروف إن اتحدا في القدر والصفة والعدد فواضح. انتهى. ويريد في التعامل بالعدد، وأما لو كان التعامل وزنا فلم تجز إلا بالوزن وتعود مراطلة كما سيأتي في كلام التوضيح.

تنبيه: وأما الطعام فيجوز مبادلة المأكول والمعفون منه بالصحيح السالم على وجه المعروف في القليل

الحديث

....

---

420 س – بفتح الهمزة لوقوعها بعد الاستثناء نحو قوله إلا أنه إنما يعصب الاخ قاله شب ونحوه في العدوي وفيه نظر.

421 * – في المطبوع قصد وما بين المعقوفين من يحيى58 وسيد25

نص خليل بِأَوْزَنَ مِنْهَا بِسُدُسٍ سُدُسٍ.

متن الحطاب والكثير على ما وقع في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الصرف، وما [وقع[422]] في رسم [النسمة[423]] من سماع عيسى من البيوع، [ومنع ذلك[424]] أشهب كالدنانير الكثيرة النقص بالوازنة فلم يجز المعفون بالصحيح ولا الكثير العفن بالخفيف. انتهى من رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الصرف. وللمبادلة شروط الأول أن تكون في القليل ثم فسره بقوله دون سبعة. قال في التوضيح: فلا يجوز له بدل سبعة بأوزن منها لزيادتها على ضعف أقل الجمع، ويجوز في الثلاثة اتفاقا لأنه أقل الجمع، ومذهب المدونة الجواز فيما بينهما. انتهى.

وقال ابن عبد السلام: لا أصل لهذا التحديد إلا ما تدل العادة على المسامحة فيه، وأشار إلى الشرط الثاني بقوله: "المعدود" يعني أن من شرط جواز المبادلة أن [تكون[425]] في المعدود أي في الدراهم والدنانير التي يعامل بها عددا. قال ابن عبد السلام: فلا تجوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بها عددا، وأما إذا كان كالمجموعة وشبهها أو كان الذهب أو الفضة تبرا أو مصوغا فلا يجوز إلا بالوزن فتعود مراطلة؛ لأنه إذا كان التعامل عددا صار البعض اليسير/ يجري مجرى الرداءة والكمال مجرى الجودة، بخلاف التبر ونحوه. انتهى ونحوه في التوضيح. 333

وقال فيه أيضا: في قول ابن الحاجب المبادلة لقب في المسكوكين عددا وهي جائزة في العددي دون الوزني لا يقال في كلامه الثاني تكرار مع الأول؛ لأن الأول أفاد أن المبادلة بيع مسكوك بمسكوك عددا، وهو أعم من أن يكون التعامل في ذلك المسكوك وزنا أو عددا، والثاني أفاد اشتراط أن يكون التعامل في ذلك المسكوك بالعدد لا بالوزن. انتهى.

ص: بأوزن منها بسدس سدس ش: قوله بأوزن هذا شرط ثالث وهو أن تكون الزيادة في الوزن واحترز بذلك من الزيادة في العدد فلا تجوز [فيه[426]] المبادلة. قاله في التوضيح. وقاله القباب، وحكاه عن المازري ونصه: الثاني من الشروط أن يتساوى عدد الناقص والوازن فإن اختلف العدد منع منه، وعلى هذا اعتمد المازري، وقال إنه المعروف من المذهب، وإن أهل المذهب لم يذكروا غيره، وإن كان اللخمي نسب للمغيرة إجازة بدل دينار بدينارين من سكة واحدة، ولم يرض المازري هذا، ورأى أنه مأخوذ من المسألة التي تكلم عليها أشهب مع المخزومي في جمل [نقدا[427]] بجملين مثله أحدهما [نقدا[428]] والآخر إلى أجل فألزمه دينارا بدينارين أحدهما نقدا والآخر إلى أجل فالتزمه وعابه وبينهما خلاف في الملتزم من هو. انتهى. ثم ذكر أن المعتبر الشخوص قال: فعلى مذهب من منع أكثر من ثلاثة لا يجوز بدل أربع قراريط ناقصة بأربع قراريط وازنة. اهـ. يعني أنه لا يقال إن الأربعة قراريط أقل من ثلاثة دراهم لأن المعتبر الشخوص، وقوله: "بسدس سدس" هذا شرط رابع

الحديث ....

---

[422] – في المطبوع أوقع وما بين المعقوفين من ن عدود ص332 وم131 ويحيى58 وسيد25.

[423] – في المطبوع التسمية وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان والتحصيل ج7 ص434.

[424] – في المطبوع من ذلك وم131 وسيد25 وما بين المعقوفين من ن عدود ص332 ويحيى58.

[425] *– في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من م131 ويحيى59 وسيد25.

[426] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى ص59.

[427] – في المطبوع نقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 (وفي م132 نقد) ويحيى59 وسيد25 نقد.

[428] – في المطبوع نقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 وم132 ويحيى59 وسيد25.

نص خليل وَالأَجْوَدُ أَنْقَصَ [أَوْ أَجْوَدَ[429] سـ] سِكَّةً مُمْتَنِعٌ وَإِلاَّ جَازَ وَمُرَاطَلَةُ عَيْن بِمِثْلِهِ بِصَنْجَةٍ أَوْ [كِفَّتَيْنِ[430] سـ] وَلَوْ لَمْ يُوزَنَا عَلَى الأَرْجَحِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَوْ بَعْضُهُ أَجْوَدَ لاَ أَدْنَى وَأَجْوَدَ وَالأَكْثَرُ عَلَى تَأْوِيلِ السِّكَّةِ وَالصِّيَاغَةِ كَالْجَوْدَةِ وَمَغْشُوشٌ بِمِثْلِهِ.

متن الحطاب ذكره ابن شاس وابن الحاجب وابن جماعة التونسي. وقال ابن عرفة: أطلق اللخمي والصقلي والمازري والجلاب والتلقين وغير واحد القول في قدر النقص وهو ظاهر ما نقله الشيخ، وقال ابن رشد في سماع ابن القاسم المتقدم: ظاهر هذه الرواية جواز بدل الطعام المعفون بالصحيح السالم على وجه المعروف في القليل والكثير، ومنع ذلك أشهب كالدنانير الكثيرة النقص. قال ابن عرفة: قلت: فظاهره أي كلام اللخمي والصقلي والمازري والجلاب والتلقين وابن رشد الاتفاق على منعه في الدنانير الكثيرة النقص ولم يحدوا فيه حدا، وهو اختيار بعض من لقيناه، وقال ابن شاس أبلغ ما اعتبر من النقص سدس دينار، وقيل دانقان، وعزا ابن عبد السلام الأول للمدونة وفيه نظر؛ لأنه لم يذكره تحديدا بل فرضا. ونصها: ولو أبدل ستة دنانير فنقص سدسا سدسا بستة وازنة فلا بأس به. اهـ.

وقال القباب في شرحه: أكثر الشيوخ لا يذكرون هذا الشرط وقد جاء لفظ السدس في المدونة وهو محتمل للتمثيل والشرطية قد نص اللخمي على جواز بدل دينار بدينارين على مذهب المغيرة، وتعقبه المازري، ولم يذكر في تعقبه عليه/ أن بين الدينار الواحد والدينارين أكثر من سدس، فهذا اللخمي والمازري مقتضى كلامهما عدم اعتبار هذا الشرط. اهـ. وقال ابن عبد السلام: وعندي أن السدس كثير ولا ينبغي أن يجوز من ذلك إلا ما جرت العادة أن يسامح فيه عند رخص الفضة أو كساد البيع. اهـ. 334

تنبيه: قال في التوضيح: ومن شرط المبادلة أن تكون بلفظ المبادلة، وأن تكون بغير المراطلة، وأن تكون واحدا بواحد احترازا من واحد باثنين. اهـ. وقال قبله: قال اللخمي ويشترط في الجواز أن تكون السكة واحدة. اهـ.

قلت: هذا يتفرع على المسألة الآتية في قوله: "والأجود أنقص أو أجود سكة ممتنع". وقال القباب: وزاد بعض المتأخرين في جواز المبادلة أن تكون على وجه المعروف لا على وجه المكايسة، وهو مأخوذ من لفظ المدونة: وأن تكون يدا بيد ولا أظنه يختلف فيه. اهـ.

قلت: ويؤخذ اشتراط كونها على وجه المعروف من كلام المؤلف الآتي.

ص: والأجود أنقص أو أجود سكة ممتنع وإلا جاز ش: يعني أنه إذا كان أحد النقدين أجود في الجوهرية من الآخر إلا أنه أنقص في/ الوزن وكان الآخر أردأ في الجوهرية إلا أنه أوزن فإن المبادلة ممتنعة لدوران الفضل من الجانبين فدخلتها المكايسة، وقد تقدم أنها إنما تجوز على وجه المعروف، وقوله: "أو أجود سكة" هكذا في النسخ التي وقفنا عليها، والظاهر فيها أن يكون قوله: "أو أجود" معطوفا على قوله: "والأجود" والمعنى أو الأجود سكة أنقص من الأردإ سكة فإنه يمتنع لدوران الفضل، وأما ما ذكره ابن غازي على النسخة التي فيها "أو الأوزن أجود سكة" فلم نره في النسخ التي عندنا، وكأنه إصلاح أراد به صاحبه التنبيه على مسألة مالك وابن القاسم وربيعة وقد استوفى ابن غازي الكلام عليها. 335

ص: ومغشوش بمثله ش: ظاهره ولو لم يتساو غشهما وهو ظاهر كلام ابن رشد وغيره، ولم يلتفت

الحديث ....

---

[429] سـ – أو الأوزن أجود في شب تضعيف هذه النسخة وفي ح أنها كأنها إصلاح انظرهما.

[430] سـ – كسر كاف الكفة أرجح انظر المصباح وشرح القاموس.

نص خليل وَبِخَالِصٍ وَالأَظْهَرُ خِلاَفُهُ[لِمَنْ[431] س] يَكْسِرُهُ أَوْ لاَ يَغُشُّ بِهِ وَكُرِهَ لِمَن لاَّ يُؤْمَنُ وَفُسِخَ مِمَّنْ يَغُشُّ إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ.

متن الحطاب المصنف إلى قول ابن عبد السلام، ولعل ذلك مع تساوي الغش، لأنه لم يجزم به ولعسر تحقق تساوي ذلك، ولأنهم جعلوا ذلك كالعدم، ولذا أجازوا مراطلة المغشوش بالخالص، وعلى هذا فقول صاحب الشامل: "وقيد إن تساوى الغش وإلا فلا" غير ظاهر.

ص وبخالص [والأظهر[432]] خلافه ش يعني ويجوز مراطلة المغشوش بالخالص على القول الراجح المأخوذ من كلام المدونة وغيرها، واستظهر ابن رشد أنه لا يجوز وجعل صاحب الشامل الأول هو المذهب. قال وصحح منعه بخالص، والمذهب جوازه. وقال ابن عرفة: هو اختيار ابن محرز.

تنبيه: قال في التوضيح بعد أن ذكر الخلاف: وإذا تقرر هذا علمت أنهم إنما تكلموا في المغشوش الذي لا يجري بين الناس ويؤخذ من كلامهم جواز بيع المغشوش بصنفه الخالص إذا كان يجري بين الناس كما بمصر عندنا. انتهى. وبذلك جزم في الشامل فقال بعد كلامه السابق: أما مغشوش يتعامل به فيباع [بصنفه[433]] وزنا. انتهى.

قلت: فظاهر كلامهما أنه يجوز بلا خلاف، وظاهر ما نقله ابن عرفة عن ابن رشد دخول الخلاف في ذلك ونصه في أواخر المراطلة. ابن رشد: في كون الدنانير المشوبة بفضة أو نحاس والدراهم المشوبة به يعتبر وزن كلها بما فيها كوزن خالص واعتبار قدر الخالص فيها فقط في المراطلة والنكاح والزكاة والسرقة قولان للشيوخ. اهـ. ثم ذكر أن ابن محرز اختار الجواز، وهو الظاهر الجاري على ما تقدم في الزكاة. والله أعلم.

ص: لمن يكسره أو لا يغش وكره لمن لا يؤمن وفسخ ممن يغش ش: قال ابن غازي: كذا هو بواو العطف في أوله فهو أعم من أن يكون في بيع أو صرف أو مراطلة. اهـ.

قلت: كأنه وقع في نسخته كذلك والموجود في النسخ بغير واو وهو صحيح؛ لأنه وإن كان سياق الكلام في المراطلة فحكم البيع بها وصرفها يستفاد من ذلك؛ لأن العلة إنما هي خوف الغش بها فتأمله. والله أعلم. وجعل المصنف المسألة على أربعة أقسام الأول أن يبيع المغشوش أو يصرفه أو يراطل به من يكسره فهذا جائز. قال ابن رشد: باتفاق لكن قيد ابن الحاجب ذلك بما إذا أمن أن يغش به مع كسره. قال في التوضيح: وإن لم يؤمن ذلك فلا بد من سبكه وهو ظاهر وأصله في المدونة قال فيها: وإذا قطعه جاز بيعه إذا لم يكن يغر به الناس ولم يكن يجوز بينهم. اهـ. فالمدار على انتفاء الغش به. وقال في المدونة بعد هذا الكلام: قال أشهب إذا كسر الستوق جاز بيعه إن لم يخف أن يسبك فيجعل دراهم أو يسبك فيباع على وجه الفضة فإن خاف ذلك [فليصفه[434]] حتى تباع فضته/ على حدة ونحاسه على حدة. اهـ. وقال أبو الحسن: هذا وفاق لابن القاسم على ما نبه عليه ابن يونس، والستوق قال 336

الحديث ....

[431] س – ولمن يكسره نسخة.

[432] – في المطبوع والأصح وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 وم132 ويحيى59 وسيد25.

[433] – في المطبوع بنصفه وما بين المعقوفين من الشامل لبهرام، ج2 ص540 وم138.

[434] – في المطبوع فليصنه وما بين المعقوفين من التهذيب، ج3 ص131 وم132.

نص خليل فَهَلْ يَمْلِكُهُ أَوْ يَتَصَدَّقُ بِالْجَمِيعِ أَوْ بِالزَّائِدِ عَلَى مَن لاَّ يَغُشُّ أَقْوَالٌ.

متن الحطاب عياض: بضم السين والتاء وتشديدهما [كذا[435]] ضبطتها، والصواب بفتح السين وهو مما يغلط فيه العامة وهو الرديء، وقال ابن يونس هو الذي عليه النحاس، وتقدم أيضا تعريفه قبل هذا.

الثاني: أن يبيعه لمن يعلم أنه لا يغش به وهو أيضا جائز باتفاق.

الثالث: أن يبيعه ممن لا يؤمن أن يغش به. قال ابن رشد: كالصيارفة فهذا يكره له ذلك.

الرابع: أن يبيعه ممن يعلم أنه يغش به فهذا لا يحل له ذلك، وزاد ابن رشد خامسا وهو أن يبيعه ممن لا يدرى ما يصنع به فأجازه ابن وهب وكرهه ابن القاسم وهذا القسم داخل في قول المصنف: "وكره لمن لا يؤمن" كما هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك. [قال[436]] في التوضيح، واختلف في بيعها ممن لا يدرى ما يصنع بها فأجازه ابن وهب وجماعة من السلف، وكرهه ابن القاسم ورواه عن مالك. اهـ . على أن ابن عرفة نازع ابن رشد في قوله بالكراهة فيمن لا يؤمن.

وقال: لفظ الرواية إن كان ممن يغر بها الناس كالصيارفة وغيرهم فلا أرى ذلك قال: فظاهر لفظ لا أرى المنع الذي هو أشد من الكراهة. اهـ . [والمسألة[437]] في رسم [النسمة[438]] من سماع عيسى من كتاب الصرف. قال ابن رشد: تحصيل القول فيها أن الدراهم والدنانير المغشوشة بالنحاس لا يحل لأحد أن يغش بها فيعطيها على أنها طيبة ولا أن يبيعها ممن يعلم أنه يغش بها ويكره له أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها كالصيارفة وغيرهم، ويختلف هل يجوز له أن يبيعها ممن لا يدري ما يصنع بها؟ فأجاز ذلك ابن وهب.

وروى إجازته عن جماعة من السلف، وكرهه ابن القاسم ورواه عن مالك هنا، وفي المدونة والذي أجازه ابن وهب أن يباع لمن لا يدري ما يصنع به ما كان فيه منفعة ويمكن الغش به لمن أراده، ويجوز أن يباع باتفاق ممن يكسرها أو ممن يعلم أنه لا يغش بها إلا على قياس قول سحنون في نوازله من كتاب السلم فإن باعها ممن يخشى أن يغش بها لم يكن عليه غير الاستغفار وإن باعها ممن يعلم أنه يغش بها فواجب عليه أن يستصرفها منه إن قدر على ذلك، واختلف إن لم يقدر فيما يجب عليه فيما بينه وبين خالقه على ثلاثة أقوال. ثم ذكر الأقوال الثلاثة التي ذكرها المصنف، وقد علم أن الفسخ إنما هو فيما إذا باعها ممن يعلم أنه يغش بها وكأنه سقط من نسخة الشارح في الكبير قول المصنف ممن يغش فجعل قوله: "وفسخ" راجعا لقوله: "وكره لمن لا يؤمن" [وأتى[439]] في الوسط فيوجد في بعض النسخ على الصواب. والله تعالى أعلم.

ص: فهل يملكه ش: نقص المصنف من هذا القول فإن ظاهر كلام المصنف أنه لا يستحب التصدق له به، ونصه في كلام ابن رشد: والثالث أنه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منه إلا على وجه الاستحباب مراعاة للخلاف، ونقله في التوضيح بلفظ :الثالث أنه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منها لكنه مستحب، ثم قال ابن رشد: وقد مضى توجيه هذا الاختلاف في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب التجارة إلى أرض الحرب يشير إلى ما ذكره في مسألة من باع سلاحا من العدو أو

الحديث ....

---

435 – في المطبوع كما وم132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 ويحيى60 وسيد25.

436 – في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م132.

437 *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م133 ويحيى60 وسيد25.

438 – في المطبوع القسمة وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل، ج7 ص18.

439 – في المطبوع وأما وم133 ويحيى60 وسيد25 وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

نص خليل

وَقَضَاءُ قَرْضٍ بِمُسَاوٍ وَأَفْضَلَ صِفَةً وَإِنْ حَلَّ الأَجَلُ بأَقَلَّ صِفَةً وَقَدْرًا لاَ أَزْيَدَ عَدَدًا أو وَزْنًا إلاَّ كَرُجْحَانِ مِيزَانٍ أَوْ دَارَ فَضْلٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ.

متن الحطاب

ممن يغازي به المسلمين ويخرج به عليهم أو ممن يحمل ذلك إليهم وتاب ولم يعلم من باعه منه ولا قدر عليه فذكر الأقوال الثلاثة ثم وجه القول بأنه يتصدق بالجميع بأن البيع غير منعقد وأنها باقية على ملكه فيجب عليه رد الثمن إلى المبتاع إن علمه والصدقة به عنه إن جهله، ووجه القول بأنه يتصدق بالزائد بأن البيع إنما يفسخ في قيام السلعة ويمضي في الفوات بالقيمة، ووجه القول بأنه لا يتصدق بشيء إلا على جهة الاستحباب بأن البيع لا يفسخ ولو عثر عليه بل يباع ذلك على المبتاع. والله أعلم.

ص: **وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة** ش: يعني أنه يجوز قضاء القرض بالمساوي [وبالأفضل[440]] في الصفة، سواء كان ذلك القرض عينا أو طعاما أو عرضا، وسواء كان القرض حالا أو مؤجلا وحل أجله/ أو قضاه قبل الأجل كما سيأتي بيانه. 337

ص: **وإن حل الأجل بأقل صفة وقدرا** ش: تصوره واضح.

فرع: قال في أواخر كتاب الصرف من المدونة: ومن أقرضته قمحا فقضاك دقيقا مثل كيله جاز وإن كان أقل من كيله لم يجز. قال أبو الحسن: قوله مثل كيله جاز يريد ما لم يكن الدقيق أجود عينا فيمتنع لأنه باع فضل ريع القمح بجودة الدقيق، وقوله وإن كان أقل من كيله لم يجز خلافا لأشهب في قوله إن ذلك جائز. اهـ. يشير إلى قوله في المدونة عن أشهب لو اقتضى دقيقا من قمح والدقيق أقل كيلا فلا بأس به إلا أن يكون الدقيق أجود من القمح.

ص: **لا أزيد عددا أو وزنا** ش: أما الزيادة في العدد فلا تجوز ولو قل على المشهور، وأما الزيادة في الوزن فإن كان التعامل بالوزن فلا يجوز إلا كرجحان ميزان كما قال المصنف، وأما إن كان التعامل بالعدد فجائز أن يقضي مثل العدد الذي عليه ولو كان أزيد في الوزن، قال في التوضيح لما ذكر قوله صلى الله عليه وسلم: {إن خيار الناس أحسنهم قضاء[1]}: ولهذا أجاز [أصحابنا إذا[441]] كان التعامل بالعدد لمن استسلف عشرة دراهم ناقصة أو أنصافا أن يقضيه عشرة دراهم كاملة بغير خلاف. اهـ.

قلت: وأصل المسألة في المدونة قال في كتاب الصرف: وإن أسلفت رجلا مائة درهم عددا ووزنها نصف درهم فقضاك مائة درهم وازنة على غير شرط جاز وإن قضاك تسعين وازنة فلا خير فيه. ثم قال: وإن أقرضك مائة درهم وازنة عددا فقضيته خمسين درهما أنصافا جاز ولو قضيته مائة درهم أنصافا ونصف درهم لم يجز وإن كانت أقل وزنا وأصل قوله إنك إذا استقرضت دراهم عددا فجائز أن

الحديث

[1] – مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1600، دار إحياء التراث العربي.

---

[440] – في المطبوع والأفضل وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 وم133 وسيد25 ويحيى60.

[441] – في المطبوع ذلك وم133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 ويحيى60 وسيد25.

نص خليل وَثَمَنُ الْمَبِيعِ مِنَ الْعَيْنِ كَذَلِكَ وَجَازَ بِأَكْثَرَ وَدَارَ الْفَضْلُ بِسِكَّةٍ وَصِيَاغَةٍ وَجَوْدَةٍ وَإِنْ بَطَلَتْ فُلُوسٌ فَالْمِثْلُ أَوْ عُدِمَتْ فَالْقِيمَةُ وَقْتَ اجْتِمَاعِ الاسْتِحْقَاقِ وَالْعَدَمِ.

متن الحطاب تقضيه مثل عددها كانت مثل وزن دراهمه أو أقل أو أكثر ويجوز أن تقضيه أقل من عددها في مثل وزنها أو أقل إذا اتفقت العيون فإن قضيته أقل من عددها في أكثر من وزنها أو قضيته أكثر من عددها في أقل من وزنها لم يجز. اهـ. قال أبو الحسن في شرح المسألة الأولى: وهذا في بلد تجوز فيه الدراهم عددا، وأما في بلد لا تجوز فيه الدراهم إلا وزنا فلا يجوز بيعها ولا قرضها إلا وزنا فيجوز حينئذ أن يقضيك عن مائة أنصافا خمسين درهما عددا مثل وزنها. اهـ.

338 **تنبيه**: نقل ابن عرفة عن بعض شيوخه أنه نقل عن بعض شيوخه أنهم اختلفوا/ في مسألة المدونة المذكورة فمنهم من قيد الجواز بكون الأنقص معتبرا درهما بذاته لا نصف درهم وإلا منع كزيادة كثيرة في العدد كخمسين قيراطا جديدة تونسية لا يصح عنها خمسون درهما جديدة تونسية، ومنهم من أطلق الجواز فيصح قضاء خمسين درهما عن خمسين قيراطا. اهـ بالمعنى. والقيراط عندهم نصف الدرهم وعلم من كلام المدونة أنه لا يصح أن يقضيه عن المائة [الدراهم[442]] مائتي درهم أنصافا ولا عن المائة نصف خمسين درهما ولا عن درهم نصفين وهو ظاهر. والله أعلم.

ص: **وثمن المبيع من العين كذلك** ش: إنما قيده بالعين؛ لأن قضاء الأفضل في الطعام والعروض قبل الأجل ممتنع/ في البيع قولا واحدا لما فيه من حط الضمان وأزيدك بخلاف القرض فإنه جائز قال في التوضيح إلا أن يكون الفضل في النوعية كأخذ سمراء عن محمولة قبل الأجل ففيه خلاف في المدونة وغيرها. اهـ. قوله ففيه خلاف؛ يعني في القرض، وأما في البيع فلا يجوز اتفاقا. 339

قال الرجراجي في مسألة الاقتضاء من كتاب الصرف وهي الثامنة عشر: فإن قضاه مثل العدد أو أكثر صفة فإن كان الدين عينا ففيه قولان قائمان من المدونة الجواز والمنع والجواز أظهر وأشهر، وإن كان الدين طعاما فإن كان من بيع فلا يجوز قولا واحدا، وإن كان من قرض فقولان منصوصان في المدونة الجواز والمنع وهو قول ابن القاسم. اهـ. قال في كتاب الصرف: ولا خير في اقتضاء صيحاني عن عجوة قبل الأجل من قرض ولا زبيب أحمر عن أسود وإن كان أجود منه.

قال أبو الحسن الصيحاني: أفضل من العجوة والأحمر أفضل من الأسود، ابن يونس وله قول آخر قبل هذا في إجازته وهو أحسن. اهـ. وقال في أواخر كتاب السلم الأول من المدونة: وإن أسلمت في محمولة أو سمراء أو شعير أو سلت أو أقرضت ذلك فلا بأس أن تأخذ بعض هذه الأصناف قضاء عن بعض مثل المكيلة إذا حل الأجل وهو بدل جائز، وكذلك أجناس التمر ولا يجوز ذلك كله قبل محل الأجل في بيع ولا قرض/ قال أبو الحسن: وقد تقدم لابن القاسم قول بإجازته من قرض قبل الأجل سحنون وهو أحسن إن شاء الله. اهـ من الكبير. 340

ص: **وإن بطلت فلوس فالمثل أو عدمت فالقيمة وقت اجتماع الاستحقاق والعدم** ش: يعني أن من أقرض فلوسا أو باع بها سلعة ثم إنه بطل التعامل بتلك الفلوس وصار التعامل بغيرها فإنه يجب

الحديث ....

---

[442] *- في سيد26 الدرهم.

نص خليل ....

متن الحطاب له الفلوس ما دامت موجودة ولو رخصت أو غلت، فإن عدمت بالكلية ولم توجد فله قيمة الفلوس من يوم يجتمع استحقاقها أي وجوبها وحلولها وعدمها أي انقطاعها، ويحصل ذلك بالأخير منهما فإن كان الاستحقاق أولا فليس له القيمة إلا يوم العدم وإن كان العدم أولا فليس له القيمة إلا يوم الاستحقاق وهذا كأقصى الأجلين في العدة.

تنبيه: لا خصوصية في الفلوس، بل الحكم كذلك في الدنانير والدراهم كما أشار إليه في كتاب الصرف من المدونة، وصرح به في التلقين والجلاب وغيرهما. قال في التلقين: ومن باع بنقد أو [أقرض[443]] ثم بطل التعامل به لم يكن عليه غيره إن وجد وإلا فقيمته إن فقد. اهـ. وقال في الجلاب: ومن اقترض دنانير أو دراهم أو فلوسا أو باع بها وهي سكة معروفة ثم غير السلطان السكة بغيرها فإنما عليه مثل السكة التي قبضها ولزمته يوم العقد. اهـ. قال القرافي في شرحه: ولو انقطع ذلك النقد حتى لا يوجد لكان له قيمتها يوم انقطعت إن كان الدين حالا، وإلا فيوم يحل الأجل لعدم استحقاق المطالبة قبل ذلك. اهـ. وأصله للتلمساني، وقوله في الجلاب "مثل السكة التي قبضها" يعني في القرض، وقوله: "ولزمته يوم العقد" يعني في البيع فهو من باب اللف والنشر المرتب، وبذلك أفتى ابن رشد وغيره من الشيوخ.

قال البرزلي: وسئل ابن رشد عن الدنانير والدراهم إذا قطعت وبدل غيرها فما الواجب في الديون والمعاملات المتقدمة وشبهها؟ فأجاب المنصوص لأصحابنا وغيرهم من العلماء لا يحكم إلا بما وقعت به المعاملة فقال السائل بعض الفقهاء يقول لا يحكم عليه إلا بالمتأخر لإبطال السلطان إياها فصارت كالعدم فقال لا يلتفت لهذا إذ لم يقل به عالم ونقض لحكم الإسلام ومخالف للكتاب والسنة للنهي عن أكل المال بالباطل ويلزم عليه أن بيع عرض بعرض لا يجوز ولمبتاعه فسخ العقد بعد ثبوته، وكذا يلزم عليه أن من كانت عليه فلوس وقطعها السلطان وجعل مكانها دنانير ودراهم أن عليه أحد النوعين وتبطل الفلوس، أو أن السلطان إذا بدل المكيال بأصغر منه أو أكبر والموازين كذلك وقد تعاملا بها أن يأخذ بالمكيال أو الميزان المحدث وإن كان أصغر أو أكبر وهذا مما لا خفاء في بطلانه.

قلت: في المدونة: من لك عليه فلوس من بيع أو قرض فأسقطت لم تتبعه إلا بها وقاله ابن المسيب في الدراهم إذا أسقطت وهو نحو ما أفتى به ابن رشد. أبو حفص من لك عليه دراهم فقطعت فلم توجد فقيمتها من الذهب بما تساوي يوم الحكم لو وجدت، وأجاب الصائغ عما إذا فسدت السكة وباعه بثمن إلى أجل وصارت غيرها وصار الأمر إلى خلاف ما دخلا عليه فعليه قيمتها يوم دفعها إليه بهذه السكة الموجودة الآن، وقد اضطرب في هذا المتقدمون والمتأخرون والأولى ما ذكرت لك، وقد وقع ذلك في ثمانية أبي زيد، وفي كتاب ابن سحنون إذا أسقطت يتبعه بقيمة السلعة يوم قبضت؛ لأن الفلوس لا ثمن لها، ووجه ما في المدونة أنها جائحة نزلت به، وهذا قول ثالث غير ما حكى ابن رشد، وقال اللخمي في كتاب الرهون لو كانت مائة فلس بدرهم ثم صارت ألف فلس بدرهم فلم توجد

الحديث ....

443 – في المطبوع قرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص340 وم134 (وفي يحيى61 وسيد26 أو اقترض).

نص خليل ....

متن الحطاب كان له قيمتها [يوم انقطعت إذا كان الدين حالا وإن كان مؤجلا وانقطعت قبل الأجل كان له قيمتها يوم يحل الأجل الأول لأن بالقيمة وقع التأخير[444]] ولا ينظر إلى قيمتها يوم انقطعت إذ لم يتوجه الطلب حينئذ وإن أخر بعد الأجل [لأن بالقيمة وقع التأخير[445]] أجلا ثانيا فالقيمة يوم حل الأجل الأول، وفي كتاب الرهون القيمة يوم يحكم عليه وعليه يأتي الكوائن التي [انقطعت[446]] سكتها من [الديوان[447]] والصدقات. اهـ كلام البرزلي. ومسألة/ المدونة التي ذكرها في آخر كتاب الصرف على نص ما ذكره. وقال فيها أيضا في كتاب الرهون: ومن أسلفته فلوسا فأخذت فيها رهنا فعسرت الفلوس فليس لك عليه إلا مثل فلوسك ويأخذ رهنه وإن بعته سلعة بفلوس إلى أجل فإنما لك نقد الفلوس يوم البيع ولا يلتفت لكسادها وكذلك إن أقرضته درهم فلوس وهي يومئذ مائة فلس بدرهم ثم صار مائتا فلس بدرهم فإنما يرد إليك ما أخذ لا غير ذلك. اهـ.

341

قال أبو الحسن: يحتمل أن يكون قطع التعامل بها إن جعل الإمام سكة أخرى. ابن يونس: ولو قطعت ولم توجد لكان عليه قيمتها يوم الحكم؛ لأنها في ذمته إلى يوم تحاكمه فيها ويقضى عليه فيها، ولا يجوز له أن يعطيه قيمتها يوم دفعها إليه لأنها لو فسدت فوجدها لم يكن عليه إلا مثلها فوجب أن يكون عليه قيمتها يومئذ، وقال اللخمي في كتاب الصرف: ولو قطعت ولم توجد كان [له[448]] قيمتها يوم انقطعت إن كان الدين حالا وإن [كان[449]] إلى أجل فانقطعت قبل الأجل كان له قيمتها يوم يحل الأجل ولم ينظر إلى قيمتها يوم انقطعت لأنه لم يكن توجه له قبل الأجل طلب، وإن أخره بعد الأجل أجلا ثانيا كان عليه قيمتها يوم حلول الأجل الأول لأن بالقيمة وجب التأخير. الشيخ: فانظر على هذا إذا وجبت الشفعة بسكة قديمة فلم توجد [فعلى[450]] قول ابن يونس يكون على الشفيع قيمتها يوم الحكم بالشفعة وعلى قول اللخمي يوم انقطعت، وقول ابن يونس أصوب، وكذلك المشهور على هذا، وقوله في المدونة: "إنما لك عليه نقد الفلوس" يعني سكة الفلوس. اهـ.

وذكر ابن أبي زيد مسألة الرهون في كتاب الصرف فقال: ومن الرهون ومن استقرضته [دراهم[451]] فلوس وهو يوم قبضها مائة بدرهم ثم صارت مائتين لم ترد إليه إلا عدة ما قبضت وشرطكما غير ذلك باطل. انتهى. فقول المصنف: "أو عدمت فالقيمة وقت اجتماع الاستحقاق والعدم" هذا اختيار اللخمي وابن محرز، وعليه اقتصر ابن الحاجب وغيره، ومقابله قول ابن يونس إن عليه قيمتها يوم الحكم، واختاره أبو إسحاق التونسي وأبو حفص، وقال أبو الحسن في كتاب الرهون وهو الصواب، وقال البرزلي هو ظاهر المدونة، وسيأتي كلامه، والعجب من الشيخ ابن عرفة فإنه لم يعز هذا إلا لنقل ابن بشير، وعزاه المصنف في التوضيح لبعض الشيوخ.

فرع: قال أبو الحسن في كتاب الرهون: وكذا لو كانت السكة أولا بغير ميزان ثم حدث الميزان فله المتعارف من تلك السكة قبل حدوث الميزان، فإن جهل مقدار ذلك كان كمسألة آخر كتاب الصلح فيمن له عليه دراهم نسيا مبلغها جاز أن يصطلحا على ماشاءا من ذهب أو ورق فإن أبيا أعرض

الحديث ....

444 - في المطبوع وما بين المعقوفين من .

445 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من فتاوي البرزلي، ج3 ص313.

446 *- في المطبوع انقطت وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي ج3 ص313 وفي سيد26 ويحيى61.

447 - في المطبوع الديون وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي، ج3 ص313.

448 *- ساقطة من المطبوع وم134 وقد وردت في يحيى61 وسيد26.

449 - في المطبوع كانت وم134 وسيد26 وما بين المعقوفين من ن عدود ص341 ويحيى61.

450 - في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص341 وم134 ويحيى61 وسيد26.

451 *- كذا في م134 وفي سيد26 درهم.

نص خليل ....

متن الحطاب عنهما الحاكم حتى يصطلحا. اهـ . ومسألة الصلح في بابها. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي: حكى ابن يونس عن بعض القرويين إذا أقرضه دراهم فلم يجدها بالموضع الذي هو به الآن أصلا فعليه قيمتها بموضع ما أقرضه إياها يوم الحكم لا يوم دفعها إليه. قال البرزلي: لأنها إنما تجب له حينئذ فإذا فقدت وجبت قيمتها يومئذ؛ لأنه وقت يقضى بها. ثم قال: ونزلت مسألة من هذا المعنى وهي من تسلف دراهم فلوسا أو نقرة بالبلاد المشرقية ثم جاء مع المقرض إلى بلد المغرب، ووقع الحكم بأنه يلزمه قيمتها في بلدها يوم الحكم، وهذا نحو ما تقدم لابن يونس وأبي حفص، وظاهر المدونة في الرهون، وعلى القول الآخر يلزمه قيمتها في بلدها يوم فقدت وقطعت ويكون حينئذ قيمتها يوم خروجه من البلد التي هي جارية فيه؛ إذ هو وقت فقدها وقطعها. انتهى.

فرع: ثم قال وقعت مسألة أخرى وهو أنه بعد الوصول حالت السكة والفلوس في تلك البلاد، ووقعت الفتوى بأنه يعطى قيمة الفلوس أو الدراهم المقرضة في تلك البلد يوم الحكم ذهبا.

فرع: قال البرزلي في مسائل الوكالات: سئل السيوري عمن وكل على قبض أثمان مستغلات ضيعته ثم كتب الموكل لوكيله أن ادفع لابنة أخي/ من مستغلاتي خمسة دنانير وفي البلد سكك مختلفة 342 ووقت الكتب والوصول سكة واحدة وابتداء الوكالة سكة أخرى فقال الوكيل لم يفضل لي شيء إلا من السكة عند سفره وطلب أخو الغائب لابنته سكة يوم الكتب والوصول: فأجاب إنما له سكة يوم الكتب فتصرف تلك السكة الأولى على سكة يوم الكتب ويقضي.

قلت: لأنها الواجبة يوم عقد الهبة، وانظر لو لم تزل مختلفة منذ الوكالة إلى يوم الكتب فإنه يقضى بالغالبة ولو استوى الصرف بها، فإن كان الواهب قريبا كتب إليه ليتعرف ما عنده وإن بعد فتجري على مسألة النكاح والزكاة أن له الوسط، وقيل يقضي على عدد السكك ويؤخذ من كل شيء بحسبه كأحد القولين في الزكاة. اهـ.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: إذا استشعر بقطع السكة وحصل منها شيء عند أحد هل يسوغ لمن عنده شيء أن يسرع في إخراجها قبل قطعها أم لا؟ وهل يجبر من وجب له شيء منها على قبضه؟ فأفتى بعض من ينتمي للعلم حينئذ أنه يجوز له الإسراع في إخراجها ويلزم عليه جبر من أباها، وعندي أنها تتخرج على مسألة المديان إذا أرادوا تفليسه فمن يجيز الأخذ منه خشية التفليس يجيز هذا ومن [يمنع[452]] يمنع ومن يقول إذا تحدثوا في تفليسه فلا يجوز فهنا إذا تحدثوا في قطعها فلا يجوز، وإن لم يتحدثوا في قطعها فيجوز. اهـ.

قلت: أما الجبر على أخذها فلا إشكال فيه؛ لأنها لو قطعت جبر على ذلك كما تقدم، وأما الإسراع في إخراجها فإن كان استشعار قطعها شائعا معلوما عند القابض لها فلا إشكال في جواز ذلك، وأما إن لم يكن عند القابض لها من ذلك شعور فيمكن أن يخرج على ما قال، والمشهور أن قضاءه لبعض غرمائه لا يرد إذا حل أجله ولم يكن ذلك جميع ما بيده. والله أعلم.

الحديث ....

452 *- في المطبوع يمتنع وما بين المعقوفين من يحيى62 وسيد26.

نص خليل وَتُصُدِّقَ بِمَا غُشَّ وَلَوْ كَثُرَ.

متن الحطاب فرع: قال البرزلي: وفي الحاوي سئل بعضهم عن بيع السلعة بسكة قديمة فأجاب شرط القديمة الطيبة في السكة، فإن فهموا عنه سكة بعينها أو سككا متحدة عند الناس في جودة العين وعدم التفاضل فالبيع جائز وإن لم يكن ما ذكرناه فالبيع فاسد، ولا ينظر لما في السكك من الرقوم والكتابة إذا تساوت فيما ذكرناه، ومن باع في زمن اتحاد السكة، ثم اختلفت أخذ من كل على النسبة من كل واحدة، فإذا اختلفت وهي ثلاث سكك أخذ الثلث من كل واحدة وعلى هذا. اهـ من أثناء البيوع.

فرع: قال البرزلي: نزلت مسألة ونحن في زمن القراءة وهي أن الدراهم المحمول عليها النحاس كثرت جدا وشاعت في بلاد إفريقية [جريدة[453]] وغيرها واصطلح الناس عليها حتى [منع رد الصرف فيها لكثرة الغش[454]] وتفاوته في أعيان الدراهم، فكلمت في ذلك شيخنا الإمام عسى أن يتسبب في قطعها، فكلم في ذلك السلطان وكان في عام سبعين وسبعمائة فهم بقطعها.

فبعث إليه شيخنا أبو القاسم الغبريني وكان المتعين حينئذ للفتوى وذكر له مسألة العتبية، وأن العامة إذا اصطلحت على سكة وإن كانت مغشوشة فلا تقطع؛ لأن ذلك يؤدي إلى إتلاف رؤوس أموال الناس ففتر الأمر نحو الشهر، فجاءت دراهم كثيرة من ناحية بلاد هوارة نحاس مطلية وشاعت في البلد فنظر الخليفة حينئذ، وقال هذا يؤدي إلى إتلاف رؤوس أموال الناس وتصير فلوسا فأمر بقطعها حينئذ ونادى مناد من قبله بهذا، ورجع المفتي إلى فتوى شيخنا الإمام، ورأوا أن المسألة إنما هي إذا تعينت دراهم زائفة وهذه الدراهم كل يوم يزاد في غشها حتى صارت نحاسا وكذا في الذهب المحلاة لعدم ضبطها في الغش. اهـ.

ص: وتصدق بما غش ولو كثر ش: قال ابن رشد في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب السلطان: خلط الرديء بالجيد [للبيع[455]] لا يجوز لأحد أن يفعله وإن بين عند البيع أنه مخلوط وينبغي للإمام أن يمنع منه ويضرب عليه، فإن فعل كان للمشتري أن يرد وإن بين أنه مخلوط جيد برديء إلا أن يبين مقدار الرديء الذي خلط بالجيد وصفتهما جميعا قبل/ الخلط حتى يستوي علمهما فلا يكون للمشتري حينئذ أن يرد ويكون هو قد باء بالإثم في خلطه إذ قد يغش به غيره؛ لأنه مما يمكن أن يغش أو ممن لا يدري ما يصنع به، ويكره له أن يبيعه ممن يخشى أن يغش به، ولا يجوز أن يبيعه ممن يعلم أنه يغش به، وهذا في الصنف الواحد الذي يخلط ولا يمتاز بعد الخلط جيده من رديئه كالزيت والسمن والعسل وشبه ذلك. 343

وأما الصنفان اللذان يمتازان بعد الخلط إلا أنه لا يعلم مقدار كل واحد منهما كالقمح والشعير أو السمن والعسل أو الغلث والطعام وما أشبه ذلك، فإن كان أحد الصنفين منهما يسيرا جدا تبعا لصاحبه جاز أن يبيع ولا يبين، وإن لم يكن أحدهما يسيرا ولا تبعا لصاحبه فلا يخلو من أن يكون يمكن تمييزه أو لا يمكن تمييزه، فإن كان يمكن تمييزه كالغلث مع الطعام واللحم السمين مع المهزول وما أشبه ذلك فلا يجوز أن يباع الكثير من ذلك على ما هو

الحديث ....

---

453 *- في المطبوع جربدية وما بين المعقوفين من فتاوي البرزلي ج3 ص154.

454 *- في المطبوع منع فيها الردى لكثير الغش وما بين المعقوفين من البرزلي ج3 ص154.

455 *- في المطبوع للمبيع وما بين المعقوفين من م135 ويحيى62 وسيد26.

نص خليل ....

متن الحطاب عليه حتى يميز أحدهما عن صاحبه، ويجوز أن يباع القليل منه على ما هو عليه، وإن كان مما لا يمكن تمييز أحدهما من صاحبه كالسمن من العسل والقمح من الشعير والماء من اللبن والعسل فقيل يجوز بيعه كما هو على بيان ما فيه إذ لا يقدر على تخليص بعضه من بعض ممن يأكله ويأمن أن يغش به. قاله ابن حبيب في اللبن والعسل المغشوشين، وقيل إن ذلك لا يجوز وهو قول مالك في الواضحة وكتاب ابن المواز إن من خلط قمحا بشعير لقوته فيكره له أن يبيع ما فضل منه يريد إلا أن يبين مقدار الشعير من القمح، وقيل إن كان خلطه للبيع لم يجز له أن يبيعه وإن خلطه للأكل جاز له أن يبيعه، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وقيل لا يجوز له أن يبيعه إلا أن يكون خلطه للأكل وهو يسير وهو قول مطرف وابن الماجشون في الواضحة هذا تحصيل القول في هذه المسألة. انتهى.

وعلم من كلام ابن رشد أن الكراهة في قول محمد أن من خلط قمحا بشعير لقوته يكره له أن يبيعه على المنع. والله أعلم. ونقل ابن عرفة الكلام على الغش في أثناء البيوع، و[قال[456]] الفاكهاني في شرح قول الرسالة: "ولا خلط دنيء بجيد" خلط الدنيء بالجيد مثل خلط حنطة دنيئة بحنطة غيرها أو لحم الذكور بلحم الإناث أو السمين بالهزيل، وهذا كله في الجنس الواحد. قال الشيخ أبو محمد صالح: ولا يكون ذلك في الجنسين مثل الشعير والذرة.

فرع: ولا يجب فسخ بيع الغش اتفاقا. قاله ابن عرفة.

فرع: قال في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان فيمن فجر في سوق المسلمين فجعل في مكياله زفتا: إنه يخرج من السوق وذلك أشد عليه من الضرب. قال ابن رشد: ظاهر قوله أن يخرج أدبا له وإن لم يكن معتادا للغش، وهو خلاف قول ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن من غش في أسواق المسلمين يعاقب بالسجن والضرب وبالإخراج من السوق إن كان معتادا للغش ولا يرجع إليه حتى تظهر توبته، وقول ابن حبيب إن المعتاد يخرج يريد قد أدب فلم يردعه الأدب فقوله فلا يرجع إليه حتى تظهر توبته صحيح؛ لأنه لم يخرج أدبا له، وإنما يخرج لقطع ضرره إذ قد أدب فلم ينفع فيه الأدب، وأما القول الأول إنه يخرج أدبا له وإن لم يكن معتادا على ظاهر قول مالك فلا يمنع أن يرد إليه بعد مدة يرى أنه قد تاب بها وإن لم تظهر توبته، قال بعض أهل النظر وإنما يؤدب بالإخراج حيث لا يمكن أن يرجع إلى السوق ولا يعرف، وأما إذا أمكنه أن يرجع إلى السوق ولا يعرف لاتساع السوق فلا يؤدب إلا بالضرب. انتهى ونقله ابن عرفة.

مسألة: قال البرزلي في مسائل البيوع: سئل ابن رشد عمن اشترى مصحفا فوجده ملحونا كثير الخطإ غير صحيح هل عليه بيان ذلك عند البيع مع أنه إن بين لم يشتره أحد؟ فأجاب: لا يجوز له البيع حتى يبين.

قلت: في جواز البيع نظر؛ لأن كثير الخطإ لا يقدر على ضبط الصفة معه فأشبه بيع القمح إذا وجد كثير الغلث لا يجوز بيعه/ حتى يغربل وكذلك هذا حتى يضبط ويصحح إلا أن يقال إذا رأى اليسير 344

الحديث ....

[456] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص343 وم135 ويحيى63 وسيد27.

نص خليل ....

متن الحطاب منه أدرك كثرة فساده أو قلته ويضبط ذلك الفساد فيجوز وفي كون هذا غير عسير نظر، ومثله شراء كتب الفقه واللغة وغيرهما على القول بجواز البيع إذا وجد فيها الفساد والنقص كثيرا أو التكرار في الكلام فحكمه حكم المصحف، وأما إذا اشترى كتبا من أنواع كثيرة متفرقة الأوراق وخروما متنافرة الأوراق فلا يجوز شراؤها إلا لعارف بالتخمين والحزر، وكذلك بائعها يكون كذلك من باب شراء الجزاف، ولا يجوز بيعها من مبتدئ في القراءة ولا من جاهل مطلقا؛ إذ لا يدري ما يأخذ ولا ما يعطي، وقد نزل هذا ووقعت الفتوى بهذا، وتقدمت مسألة إذا كتب مصحفا بدواة ماتت فيها فأرة أنه يدفن. انتهى من أحكام ابن [خويز منداد.[457]] ولا يجوز بيعه على هذا، وكأنه عنده مثل الأشياء التي لا يجوز بيعها كالزيت والطعام المائع لا كالثياب المتنجسة ونحوها للقدرة على إزالة النجاسة من هذا دون ما تقدم. انتهى.

فرع: قال السخاوي في كتابه الأصل الأصيل في تحريم النقل من التوراة والإنجيل: قال في العوفية: اختلف في بيعها وشرائها وجعلها من جملة الأموال على قولين، وأما الإجارة لكتابتها فلا تجوز، وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة جواز وصية الكافر بها، وبه قال ابن القاسم وأشهب، فإن قلنا بأنها مال وجوزنا بيعها على أحد القولين فالجواز وإلا فلا، وقوله: "ولو كثر" هذا قول مالك، وقال ابن القاسم لا يتصدق إلا بما كان يسيرا. قال ابن رشد: وقول ابن القاسم أحسن من قول مالك؛ لأن الصدقة بذلك من العقوبات، والعقوبة بالمال أمر كان في أول الإسلام ثم نسخ ذلك، وعادت العقوبة في الأبدان، فكان قول ابن القاسم أولى بالصواب استحسانا، والقياس أن لا يتصدق بقليل ولا كثير. وقال القرطبي في حديث التي لعنت الناقة[1] وأتت النبي صلى الله عليه وسلم: يستفاد منه جواز العقوبة بالمال في المال لمن جنى فيه بما يناسب ذلك. وقال في الإكمال: فيه العقاب بالمال لينزجر غيرها. والله أعلم.

الحديث 1 – عن عمران بن حصين قال بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره وأمرأة من الأنصار على ناقة فضجرت فلعنتها فسمع ذالك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذوا ما عليها ودعوها فإنها ملعونة مسلم في صحيحه كتاب البر والصلة رقم الحديث 2595

[457] – في المطبوع جدير وم135 ويحيى63 وسيد27 وما بين المعقوفين من ن عدود ص344.

نص خليل

إلاَّ أنْ يَكُونَ اشْتَرَى كَذَلِكَ [إلاَّ الْعَالِمَ لِيَبِيعَهُ كَبَلَ[458] نص] الْخُمُرِ [بِالنَّشَاءِ[459] نص] وَسَبْكِ ذَهَبٍ جَيِّدٍ بِرَدِيءٍ وَنَفْخِ اللَّحْمِ. **فصل** عِلَّةُ طَعَامِ الرِّبَا اقْتِيَاتٌ وَادِّخَارٌ وَهَل لِغَلَبَةِ الْعَيْشِ تَأوِيلاَن.

متن الحطاب

ص: **إلا أن يكون اشتري كذلك** ش: يريد أو وهب له أو ورثه. قال ابن رشد: فلا اختلاف أنه لا يتصدق بشيء من ذلك، والواجب أن يباع ممن يؤمن أن يبيعه من غيره مدلسا بذلك، وكذلك ما وجب أن يتصدق به من المسك والزعفران على الذي غشه يباع ممن يؤمن ويتصدق بالثمن أدبا للغاش. انتهى.

ص: **كبل الخمر بالنشا** ش: لأنها تشتد بذلك وتصفق. قال ابن رشد في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: فإن علم المشتري بأنها مبلولة بالنشا وأن ذلك يصفقها ويشدها لم يكن له كلام، وإن لم يعلم أنها مرشوشة بذلك كان بالخيار بين أن يمسك أو يرد، فإن فاتت ردت إلى القيمة إن كانت أقل من الثمن، وكذلك إن علم أنها مرشوشة بذلك ولم يعلم أن ذلك يشدها، وهذا نحو ما قاله ابن حبيب إن ما يصنعه حاكة الديباج من تصميغها غش؛ لأنه وإن كان التصميغ لا يخفى على

345 المشتري فقد يخفى عليه قدر ما أحدث فيه من الشدة والتصفيق. والله أعلم. /

ص: **ونفخ اللحم** ش: يعني بعد السلخ؛ لأنه يغير طعم اللحم ويظهر أنه سمين فإن علم بذلك المشتري فله رده. قاله ابن رشد في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان قال: وأما نفخ الذبيحة قبل السلخ فلا كراهة فيه؛ لأنه يحتاج إليه وفيه صلاح ومنفعة. اهـ.

فرع: قال في أول سماع أشهب من الكتاب المذكور: لا بأس بخلط اللبن بالماء لاستخراج زبده وبالعصير لتعجيل تخليله؛ لأن ذلك إنما يفعل للإصلاح لا للغش، وكذا التبن يجعل تحت القمح. اهـ مختصرا.

ص: **فصل علة طعام الربا اقتيات وادخار وهل لغلبة العيش تأويلان** ش: تقدم أن الربا يدخل في النقود وفي المطعومات فلما انقضى الكلام على النوع الأول أتبعه بالكلام على النوع الثاني، وقد تقدم أن ربا الفضل يدخل هنا في الطعام الربوي فأخذ يبينه بأن بين علة الربا ما هي، والأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام: {البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد[1]} وفي رواية: {الآخذ والمعطى فيه سواء[2]} وقصر أهل الظاهر على هذه المسميات لنفيهم القياس، وأما من يقول

346 بالقياس فلا خلاف بينهم أن الحكم ليس مقصورا عليها، وإنما اختلفوا في العلة المقتضية للمنع حتى/ يقاس عليها، وقد اختلف فيها على عشرة أقوال ذكر المصنف منها قولين: الأول أنها الاقتيات والادخار. قال ابن الحاجب: وعليه الأكثر. قال بعض المتأخرين وهو المعول عليه في المذهب، وتأول ابن رشد المدونة عليه. قال بعض المتأخرين وهو المشهور من المذهب، ومعنى الاقتيات أن يكون الطعام مقتاتا أي تقوم به البنية، ومعنى الادخار أن لا يفسد بتأخيره إلا أن يخرج التأخير عن العادة،

الحديث

1- الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1587، وفي بعض رواياته فمن زاد أو استزاد فقد أربى.

2- الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1587، دار إحياء التراث العربي.

---

[458] نص – إلا العالم بغشه كبل الخمر نسخة.

[459] نص – بالنشا نسخة. النشا بالفتح والقصر على الأرجح ويمد انظر كتب اللغة.

نص خليل ....

متن الحطاب والقول الثاني أن العلة الاقتيات والادخار وكونه متخذا للعيش غالبا، وهذا القول للقاضيين أبي الحسن بن القصار وعبد الوهاب، وعبر عنه صاحب التنبيهات بالمقتات المدخر الذي هو أصل للمعاش غالبا، ونسبه للبغداديين. قال: وتأول أبو جعفر بن زرب المدونة عليه، ثم ذكر القول الأول فقال وذهب كثير من شيوخنا إلى أنه لا يلزم [التعليل[460]] بكونه أصلا للعيش، وإنما المراد ادخاره غالبا وكونه قوتا.
قال: وعلى اختلاف التعليلين اختلف أهل المذهب في البيض والتين لأنهما مدخران وليسا بأصل للمعاش غالبا، وما ذكره في البيض من كونه مدخرا هو أحد الأقوال فيه وادخاره بأن يشوى ويجعل في خل أو غيره، وقيل غير مدخر، وقيل غير مقتات، وقيل مقتات كما يأتي. قال في التوضيح: والخلاف فيه خلاف في شهادة، فقول المصنف: "وهل لغلبة العيش" معناه هل العلة الاقتيات؟ وإنما اقتصر المصنف على هذين القولين لأن الفروع التي يذكرها مبنية على كل منهما، فسيذكر أن التين ليس ربويا، وهذا مبني على القول الثاني، ويذكر أن البيض ربوي، وهذا مبني على القول الأول وترك المصنف بقية الأقوال لضعفها عنده ولا بأس بذكرها فقال القاضي إسماعيل العلة الاقتيات وما يصلحه.
وقال ابن نافع الادخار، وروي عن مالك غلبة الادخار، ويظهر الفرق بينه وبين مقابله في العنب الذي لا يتزبب، فعلى الادخار يخرج وعلى غلبته يدخل، وقال الأبهري العلة الاقتيات والادخار أو التفكه والادخار، وقيل العلة المالية فلا يباع ثوب بثوبين، ونسب لابن الماجشون. قال ابن بشير: وهذا يوجب الربا في الدور والأرضين ولا يمكن قوله وقيل العلة مالية الزكاة ونسب لربيعة، وقال أبو حنيفة العلة الكيل، وقال الشافعي الطعم.
تنبيهات: الأول: قال ابن ناجي: ولا حد للادخار على ظاهر المذهب وإنما يرجع فيه إلى العرف، وحكى التادلي أنه سمع في بعض المجالس أن حده ستة أشهر فأكثر.
الثاني: قال في التنبيهات: لا بد مع الادخار من شرط العادة فيه ولا يلتفت إلى ما ادخاره نادر فيجوز التفاضل في الجوز والرمان، وهذا نص المدونة ومشهور المذهب، وروى ابن نافع كراهة التفاضل فيهما؛ لأنه [يدخر[461]] وييبس.
الثالث: لا بد أن يقال على كل من القولين اللذين ذكرهما المصنف، وفي معنى الاقتيات ما يصلح للقوت ليدخل الملح والتوابل.
الرابع: هذا تفسير للطعام الذي يحرم فيه ربا الفضل وربا النساء، وأما الطعام الذي يحرم فيه ربا النساء فقط ولا يحرم فيه ربا التفاضل فهو كما قال ابن عرفة: ما غلب اتخاذه لأكل آدمي أو لإصلاحه أو لشربه فيدخل الملح والفلفل ونحوهما واللبن لا الزعفران وإن أصلح لعدم [غلبة[462]] اتخاذه لإصلاحه والماء كذلك، والأول -أعني ما يحرمان فيه- هو الذي يسمى ربويا بخلاف الثاني فإنه لا يسمى ربويا وإن دخله نوع من الربا، وكأنه -والله أعلم- لما استكمل الأول من نوعي الربا

الحديث ....

460 *- في المطبوع التعليق وما بين المعقوفين من م136 وسيد27 ويحيى63.
461 *- في المطبوع مدخر وما بين المعقوفين من يحيى64 وسيد27.
462 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص346 وم136 ويحيى64 وسيد27.

نص خليل كَحَبٍّ وَشَعِيرٍ وَسُلْتٍ وَهِيَ جِنْسٌ.

متن الحطاب نسب إليه.

الخامس: تخصيصه صلى الله عليه وسلم في الحديث الأربعة المذكورة[1] بالذكر لينبه بالبر على كل مقتات في حال الرفاهية وتعم الحاجة إليه وبالشعير على كل ما يقتات في حال الشدة كالدخن والذرة وعلى أنه لا يخرجه عن الاقتيات، وإن انفرد بصفة أخرى لكونه علفا وبالتمر على كل ما يقتات وفيه حلاوة ويستعمل فاكهة في بعض الأمصار كالزبيب والعسل، وبالملح على كل مصلح القوت، وإن كان لا يستعمل منه إلا القليل.

347 **فرع:** قال الجزولي في شرح الرسالة في باب الطعام/ والشراب: قال في الاستغناء: اختلف في النخالة هل حكمها حكم الطعام أم لا؟ فقيل لا يجوز بيعها بطعام إلى أجل ولا بيعها قبل قبضها ولا اقتضاء الطعام من ثمنها، وقيل يجوز جميع ذلك؛ لأنها كالعلف. انتهى.

ص: كقمح وشعير وسلت وهي جنس ش: لما كان اتحاد الجنسية هو المعتبر في تحريم التفاضل واختلاف الجنسية يبيح التفاضل؛ لقوله في الحديث: "فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم[2]" احتاج إلى بيان ما هو جنس واحد وما ليس كذلك ولم يفعل رحمه الله كابن الحاجب وغيره من تبيين الربويات من غيرها أولا ثم بيان ما هو جنس واحد أو جنسان بل جمع ذلك للاختصار. قال ابن الحاجب: [والمعول[463]] في اتحاد الجنسية على استواء المنفعة أو تقاربها. قال في التوضيح: فإن كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة أو يتقاربان كالقمح والشعير كانا جنسا وإن تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين والمنصوص في المذهب أن القمح والشعير جنس واحد لتقارب المنفعة، وقال مالك في الموطإ بعد أن ذكر ذلك عن جماعة من الصحابة إنه الأمر عندنا، وقال المازري في المعلم: لم يختلف المذهب أنهما جنس واحد، وقال السيوري وتلميذه عبد الحميد هما جنسان، واختاره ابن عبد السلام لظاهر الحديث أعني قوله: "فإذا اختلفت هذه الأجناس". قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: ورد الباجي قول المخالف [القط[464]] يفرق بين الشعير والقمح إذ تختار لقمة هذا على لقمة هذا بأن هذا من حيث الترفه، وذلك من حيث الأصالة في المنافع، وهذه المسألة إحدى المسائل الثلاث التي حلف عليها عبد الحميد الصائغ بالمشي إلى مكة أن لا يفتي فيها بقول مالك والثانية خيار المجلس والثالثة التدمية البيضاء، وأما السلت فالمذهب أنه كالقمح وفي [إجراء قول[465]] السيوري فيه نظر. قال ابن عرفة: والأظهر عدم جريه لأنه أقرب للقمح من الشعير، قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: يعني في طعمه ولونه وقوامه وإن خالف في خلقته، ويعرف عند المغاربة بشعير النبي، وذكره ابن ناجي بصيغة الجزم فقال: ولا يتخرج فيه قول السيوري. قال في المشارق: السلت

الحديث

1 – الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1587، دار إحياء التراث العربي.

2– الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1587، دار إحياء التراث العربي.

---

463 – في المطبوع والمعتمد وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 وم136 ويحيى64 وسيد27.

464 – ساقطة من المطبوع وم137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 ويحيى64 وسيد27.

465 – في المطبوع أحد اقوال وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 وم137 ويحيى64 وسيد27.

نص خليل وَعَلَسٍ [وَأُرُزٍ[466] س] وَدُخْنٍ وَذُرَةٍ وَهْيَ أَجْنَاسٌ [وَقِطْنِيَّةٍ[467] س] وَمِنْهَا كِرْسِنَةٌ وَهِيَ أَجْنَاسٌ.

متن الحطاب حب بين البر والشعير لا قشر له، وقال في الصحاح: السلت بالضم ضرب من الشعير ليس له قشر كأنه الحنطة.

ص: **وعلس وأرز ودخن وذرة وهي أجناس** ش: اختلف في العلس فالمعروف المشهور من المذهب أنه لا يلحق بالثلاثة وأنه جنس منفرد، وقيل إنه يلحق بها وهو قول المدنيين، ورواه ابن حبيب، وحكاه ابن عبد البر عن ابن كنانة والعلس. قال في الرسالة: حب صغير يقرب من خلقة البر. وقال ابن كنانة: هو حب مستطيل صغير مصوف، وقال في القاموس: العلس محركة ضرب من البر يكون حبتان في قشرة والأشقالية هي العلس، والمشهور أن الدخن والذرة والأرز أجناس متباينة يجوز التفاضل فيما بينها وأنها لا تلحق بالقمح، وذكر الباجي عن ابن وهب أنها جنس لا يجوز التفاضل [بينها،[468]] وذكر ابن محرز عنه أنها تلحق بالقمح وما معه، ونقل ابن بشير غير معروف ونقله اللخمي عن الليث ومال إليه.

وقال البرزلي في مسائل الصرف والربويات: والأرز معلوم والذرة قيل البشنة، وقيل القطانية، وعن بعض شيوخنا والدخن قيل قمح السودان وهو المسمى درعا، وقيل القطانية، وسمعت بعض شيوخنا يقول البشنة. انتهى. والقطانية هي التي تسمى في مكة بالذرة، والبشنة هي التي تسمى في عرف أهل الطائف بالأجرش، وقول المصنف: "وعلس" هو وما بعده يجوز فيه الجر والرفع فالجر عطفا على قوله: "كحب" والرفع على الخبر، وهو متعلق الجار والمجرور فإن قوله: "كحب" خبر مبتدإ محذوف تقديره مثاله كحب الخ، والخبر إنما هو المتعلق. والله تعالى أعلم.

ص: **وقطنية ومنها كرسنة وهي أجناس** ش: المشهور من المذهب أن القطنية أجناس متباينة يجوز التفاضل بينها وهو قول مالك الأول/ واختاره ابن القاسم. قال صاحب الطراز: لاختلاف صورها وأسمائها الخاصة بها ومنافعها وعدم استحالة بعضها إلى بعض، ولأن المرجع في اختلاف الأصناف إلى العرف وهي في العرف أصناف ألا ترى أنها لا تجتمع في القسم بالسهم، وقيل إنها جنس واحد وهو قول مالك الثاني.

348

قال في الرسالة: "والقطنية أصناف في البيوع"، وقد اختلف فيها قول مالك ولم يختلف فيها قوله في الزكاة أنها صنف واحد، وذلك -والله أعلم- لأن الزكاة لا يعتبر فيها المجانسة العينية، وإنما يعتبر فيها تقارب المنفعة وإن اختلفت العين بخلاف البيع، ألا ترى أن الذهب والفضة جنس واحد في الزكاة وهما جنسان في البيع، وقيل الحمص واللوبيا جنس واحد والبسيلة والجلبان جنس وما عدا ذلك أصناف مختلفة ونسبها لابن القاسم وأشهب والقطنية قال الجزولي كل ما له مزود من الفول والحمص والعدس والجلبان واللوبيا وغيرها وسميت قطنية؛ لأنها تقطن في البيوت أي تدخر فيها لأنها لا تسرع إليها الأيدي، وقال في باب الزكاة: القطنية كل ما له خروبة

الحديث ....

---

[466] س – قوله أرز فيه لغات منها أرز وزان قفل والثانية ضم الراء للاتباع مثل عسير وعسر والثالثة ضم الهمزة والراء وتشديد الزاء والرابعة فتح الهمزة مع التشديد كما في المصباح وغيره.

[467] س – أرجح لغات القطنية كسر القاف مع تشديد يد الياء كما يتحصل من كتب اللغة.

[468] – في المطبوع بينهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 وم137 ويحيى64 وسيد27.

نص خليل وَتَمْرٍ وَزَبِيبٍ وَلَحْمِ طَيْرٍ وَهُوَ جِنْسٌ وَلَوِ اخْتَلَفَتْ مَرَقَتُهُ كَدَوَابِّ الْمَاءِ وَذَوَاتِ الأَرْبَعِ وَإِنْ وَحْشِيًّا وَالْجَرَادُ وَفِي رِبَوِيَّتِهِ خِلاَفٌ.

متن الحطاب كالفول والحمص والعدس واللوبيا والبسيلة وهي الكرسنة وغير ذلك مما لها خروبة. انتهى. وقال الشيخ زروق: القطنية ذوات المزاود. انتهى. وقال الفاكهاني عن الأزهري: القطنية حبوب كثيرة تقتات [وتدخر،[469]] وسميت قطنية لقطونها في بيوت الناس من قطن بالمكان إذا أقام به، وهو بضم القاف وكسرها. قاله عياض والحمص بفتح الميم وكسرها. قال ثعلب: الاختيار الفتح وميمه مشددة. قاله الفاكهاني [في الزكاة[470]] والعدس بفتح الدال واللوبيا الدجر، قال في القاموس: الدجر مثلثة اللوبيا كالدجر بضمتين ويعني أنه مثلث الدال مع سكون الجيم، واختلف في الكرسنة هل هي من القطاني وهو المشهور، أو هي صنف مستقل على حدته. قاله ابن حبيب، وقيل إنها غير طعام، وهو ظاهر قول يحيى بن يحيى لا زكاة فيها؟.

قال ابن رشد: وهو الأظهر لأنها علف وليست بطعام. قال الفاكهاني في شرح الرسالة في باب الزكاة: قال الباجي: الكرسنة البسيلة. هكذا ذكره سند عنه وذكر عن الطرطوشي [أن[471]] البسيلة الماش والماش من القطنية وهو بالعراق حب صغير يشبه الجلبان والواجب في ذلك أن يرجع إلى المتعارف بين الناس. قال الفاكهاني: لا مرية أن الماش غير البسيلة وإن كان يشبهها بعض شبه. وقال ابن عرفة: وقول ابن بشير الكرسنة هي اللوبيا خلاف سماع القرينين تفسير مالك القطنية بقوله الجلبان واللوبيا والحمص والكرسنة وما أشبه ذلك. انتهى.

فرع: قال سند: وعد مالك في المختصر الترمس مع القطنية وذكره ابن الجلاب في تفريعه. والله أعلم.

ص: **وتمر وزبيب** ش: لا خلاف أن أصناف التمر كلها جنس واحد وكذلك أصناف الزبيب وأنهما أعني الزبيب والتمر جنسان. والله أعلم. قال الجزولي: [المشمش[472]] زبيب صغير لا عظم له.

ص: **ولحم طير وهو جنس ولو اختلفت مرقته كدواب الماء وذوات الأربع وإن وحشيا والجراد وفي ربويته خلاف** ش: قال سند: اللحوم عند مالك أربعة أجناس لحم ذوات الأربع جنس على اختلاف أسماء الحيوان إنسيها ووحشيها ولحم الطير جنس مخالف للحم ذوات الأربع على اختلاف الطيور وحشيها وإنسيها ولحم الحوت ثالث مخالف للجنسين الأولين على اختلاف الحوت ما كان له شبه في البر وقوائم يمشي عليه وما لا شبه له والجراد جنس رابع فكل جنس من هذه الأربعة يجوز بيعه بالجنس الآخر متفاضلا ويابسا بطري ولا يجوز في الجنس الواحد تفاضل ولا طري بيابس خلا الجراد فإنه في المدونة قال: الجراد ليس بلحم، وذكر ابن الجلاب أنه جنس رابع عند مالك، وهو مقتضى مذهبه؛ لأنه يفتقر عنده إلى الذكاة ويمنع منه المحرم، وبالجملة فظاهر المذهب أنه جنس

الحديث ....

469 *- في المطبوع وتختبز وما بين المعقوفين من يحيى65 وم137.

470 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص348 وم137 ويحيى65 وسيد27.

471 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص348 وم137 ويحيى65 وسيد27.

472 – في المطبوع القشمش ويحيى65 وسيد28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص348 وعلق عليها الشيخ محمد سالم بـــ: وهو في اللسان بالكاف.

نص خليل ....

متن الحطاب 349 ربوي. انتهى. وعزا ابن عرفة لظاهر المدونة نحو ما في الجلاب؛ لقوله فيها: / يجوز اثنان بواحد من الحوت يدا بيد، وقال المازري: المعروف من المذهب أن الجراد ليس بربوي خلافا لسحنون وإلى ما قال المازري إنه المعروف من المذهب، وما قال سند إنه ظاهر المذهب أشار المصنف بقوله: خلاف، وفي النوادر عن الموازية وكل ما يسكن الماء من الترس فما دونه [والصير[473]] فما فوقه صنف لا يباع متفاضلا، وقوله: "ولو اختلفت مرقته" يعني أن لحم الطير إذا طبخ بأمراق مختلفة فإنه صنف واحد لا يجوز التفاضل فيه؛ يعني في المطبوخ بعضه ببعض، وأما المطبوخ منه بالنيء فسيأتي أنه إن طبخ بأبزار صار جنسا مستقلا.

قال في المدونة: والمطبوخ كله صنف واحد وإن اختلفت صفة طبخه كقليه بعسل وأخرى بلبن فلا يجوز فيه التفاضل، وأشار بلو إلى قول اللخمي: القياس أنه يجوز التفاضل بين قلية العسل وقلية الخل؛ لأن الأغراض [تختلف[474]] فيهما، وهذا ليس خاصا بلحم الطير بل الحكم جار في لحم دواب الماء ولحم ذوات الأربع ولحم الجراد على القول بأنه ربوي، ويستفاد هذا من تشبيهه هذه الثلاثة بلحم الطير، وأما بيع المطبوخ من لحم أحد هذه الأجناس بالمطبوخ من جنس آخر فهو الفرع الذي يذكره المصنف بعد هذا، وأما المطبوخ من جنسين بالنيء من جنس آخر فلا إشكال في جوازه، ولذلك سكت عنه وقد علم حكم جميع الأقسام. والله أعلم.

فرع: قال في أواخر [السلم الثالث[475]] من المدونة: ولا خير في الصير بلحم الحيتان متفاضلا ولا صغار الحيتان بكبارها متفاضلا. قال في التنبيهات: الصير بكسر الصاد حيتان صغار مملوحة. قال في الطراز: ولا فرق في الجنس بين صغيره وكبيره وخشنه وناعمه كما لا فرق بين الجمل والجمل ولا بين النعام والحمام ولا بين حوت الماء العذب وحوت الماء المالح فالصير بمصر سمك صغير على هيئة الأصبع يكون ببحر النيل ويكون قبل ذلك صغيرا جدا على هيئة فلقة نواة التمر يسمى القير ويؤكل مملوحا ولا يتأتى فيه قلي ولا شي، والصير يأكلونه مملحا ومقلوا والجميع له حكم الحوت، وقال في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال:

وسألت ابن القاسم عن القلة الصير بالقلة الصير؟ قال لا يصلح ذلك إلا بالتحري؛ يريد الصير بالصير.

ابن رشد: لأن الصير بمنزلة الجبن واللبن لا يجوز إلا مثلا بمثل بالوزن أو بالتحري؛ لأن التحري فيها بوزن جائز قيل فيما قل أو كثر ما لم يكثر جدا حتى لا يستطاع تحريه وهو ظاهر هذه الرواية، وقيل لا يجوز إلا فيما قل وإليه ذهب ابن حبيب وعزاه لمالك، وقيل يجوز وإن لم تدع إلى ذلك ضرورة وهو ظاهر المدونة، وقيل لا يجوز إلا عند عدم الميزان، وقيل لا يجوز وإن عدم الميزان إلا في الطعام الذي يخشى فساده، وهذا في المبايعة والمبادلة ابتداء، وأما من وجب له على رجل وزن من طعام لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز أن يأخذه تحريا إلا عند الضرورة لعدم الميزان على ما قاله في نوازل سحنون من جامع البيوع. انتهى.

الحديث ....

[473] – في المطبوع والطير وما بين المعقوفين من ن عدود ص349 وم137 وسيد 28 (وفي يحيى65 الصفر).

[474] *– في المطبوع مختلف وما بين المعقوفين من م127 ويحيى65 وسيد28.

[475] *– في المطبوع السلم في الثالث وما بين المعقوفين من يحيى64 وسيد28.

نص خليل وَفِي جِنْسِيَّةِ الْمَطْبُوخِ مِنْ جِنْسَيْنِ قَوْلَانِ وَالْمَرَقُ وَالْعَظْمُ وَالْجِلْدُ كَهُوَ.

متن الحطاب **فرع:** قال سند: وكبد السمك ودهنه وودكه له حكم السمك، وليس البطارخ من ذلك وهو بيض السمك فإنها في حكم المودع فيه حتى ينفصل عنه كبيض الطير ولبن الأنعام، وكما أن السمن مودع في اللبن وإن لم يجانسه، ولا يحنث في اليمين المعلقة باسم السمك ببيضه ولا في اليمين المعلقة باسم البيض والبطارخ بالسمك. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وما أضيف إلى اللحم من شحم وكبد وكرش وقلب ورئة وطحال وكلى وحلقوم وخصية وكراع ورأس وشبهه فله حكم اللحم فيما ذكرنا، ولا يجوز ذلك باللحم ولا بعضه ببعض إلا مثلا بمثل، ولا بأس بأكل الطحال. انتهى. ونقله ابن عرفة. قال في الطراز: والجلد له حكم اللحم إذا كان مأكولا وكذلك العصب والعظم والبيض لا تقف استباحته على الذكاة فلم يكن من اللحم كاللبن

350 بخلاف الكبد، ويجوز بيع اللحم بالشحم وزنا بوزن لا يختلف في جوازه، وكذلك/ بيع الشحم بالشحم إذا كان جميعه طريا، فإن كان يابسا فيجري على ما ذكرنا في يابس اللحم بيابسه ومالحه بمالحه. اهـ. والله أعلم.

ص: **وفي جنسية المطبوخ من جنسين قولان** ش: يعني أنه اختلف في لحم الجنسين إذا طبخ كل واحد منهما على حدته هل يصيران بالطبخ جنسا واحدا فلا يجوز التفاصل بينهما، أو يبقى كل واحد منهما على حاله؟ قولان. قال في التوضيح: قال في الجواهر: المذهب أن الأمراق واللحوم المطبوخة صنف واحد، ولا يلتفت إلى اختلاف اللحوم ولا إلى اختلاف ما تطبخ به، وتعقب هذا بعض المتأخرين، ورأى أن الزيرباج مخالفة للطباهجة وكذلك ما يعمل من لحم الصير مخالف لما يعمل من لحم الغنم، واختار اللخمي وابن يونس أن اللحمين المختلفي الجنس إذا طبخا لا يصيران جنسا واحدا بل يبقيان على أصليهما. اهـ. وكان الجاري على قاعدة المصنف أن يقول خلاف؛ لأن كلا من القولين قد رجح.

تنبيه: حمل كلام المصنف على ما إذا طبخ كل واحد منهما على حدته أحسن من قول البساطي في تفسير كلام المصنف إذا طبخ جنسان من اللحم بمرقة لإيهامه أن الخلاف مقصور على ذلك وليس كذلك كما تقدم .

فرع: قال في التوضيح: واعلم أن ظاهر المذهب جواز بيع المطبوخ [بالمطبوخ[476]] وزنا وهو الذي يؤخذ من المدونة. قال سند: وعلى قول ابن حبيب يمنع القديد بالقديد والمشوي بالمشوي لا يجوز المطبوخ بالمطبوخ؛ لاختلاف تأثير النار، وعلى الجواز فهل تراعى المثلية في الحال، أو كون اللحم نيأ؟ قولان. قال سند: والظاهر الأول.

ص: **والمرق والعظم والجلد كهو** ش: يعني أن اللحم المطبوخ إذا بيع باللحم المطبوخ وكان معهما مرق، فإن حكم المرق كحكم اللحم، وكذلك اللحم باللحم والهريسة بالهريسة، وقال غيره إنما يتحرى اللحم خاصة حيث كان نيأ ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى ما معه من المرق كما يتحرى

الحديث ....

---

[476] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص350 وم138 ويحيى66 وسيد28.

نص خليل ....

متن الحطاب [في[477]] الخبز بالخبز الدقيق، وقال سند: إذا راعينا المماثلة في بيع المطبوخ بالمطبوخ وهو الظاهر فهل يعتبر استواء الوزن بما في [اللحم[478]] من رطوبة المرق، أو يتحرى ما فيه من وزن اللحم دون ما فيه من رطوبة المرق؟ يختلف فيه فمن جعل المرق جنسا آخر أسقط ما فيه من رطوبة المرق، ومن جعل المرق تابعا للحم اعتبره برطوبته، والظاهر أن يعتبر برطوبته، وإن قلنا إن المرق جنس آخر. ثم قال: وأما ما يطبخ مع اللحم فضربان ضرب له مع الطبخ عين قائمة كاللفت والباذنجان فابن أبي زيد يجعله تابعا لحكم اللحم حتى جعل الهريسة بالهريسة؛ كأنه لحم بلحم ولم يجعله لحما وقمحا بلحم وقمح وغيره يخالفه ويقول [لا يتبع[479]] ذلك [اللحم[480]] ولا يباع [معه[481]]؛ لأنه لحم وبقل بلحم وبقل، ويجوز بيع بعضه ببعض متماثلا ومتفاضلا إن كان من البقول غير المدخرة، وإن ادخر كالبصل والثوم فلا يجوز بيعه متفاضلا، وضرب ليس له عين قائمة فمن أصحابنا من يعطيه حكم اللحم لأنه ماء اللحم ومنهم من يعطيه حكم الماء، وابن أبي زيد يجعله تبعا للحم، ثم قال: وعلى 351 هذا يجري ما يصنع في السمك المطبوخ/ من خردل وليمون وغيره هل لذلك حكم السمك، أو له حكم نفسه؟. اهـ باختصار. ونقله في التوضيح واختصره جدا.

وظاهر كلام المصنف هنا أنه مشى على كلام ابن أبي زيد فأعطى المرق حكم اللحم، فإذا بيع لحم ومرق بلحم ومرق فلا بد من المماثلة بينهما، وكذا إذا بيع لحم ومرق بلحم فقط أو بيع مرق فقط بمرق فقط، وانظر هل يدخل في ذلك ما إذا بيع لحم بمرق، وأنه لا بد من المماثلة؟ ظاهر كلامهم دخول ذلك. فليتأمل. وقوله: "والعظم والجلد" يعني أنه إذا بيع اللحم باللحم نيأ أو مطبوخا بالوزن أو بالتحري فهل يباع بعظمه على ما هو عليه ويعد العظم كأنه لحم وهو المشهور؟ واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار نواه، والقول الثاني لابن شعبان أنه يتحرى ما فيه من اللحم فيسقط العظم، والأول مذهب المدونة. قال فيها على اختصار سند: قلت: فهل يصلح الرأس بالرأس؟ قال: لا يصلح في قول مالك إلا وزنا بوزن أو على التحري.

قلت: فإن دخل رأس في وزن رأسين أو دخل ذلك في [التحري لا[482]] بأس به؟. قال: نعم لا بأس به عند مالك. قال سند: ظاهر قوله لا يصلح إلا وزنا بوزن أن العظم له حكم اللحم ما لم يكن منفصلا عنه كما قاله الباجي وغيره. قال اللخمي: وعلى القول الآخر لا يجوز إلا أن يتحرى اللحم، والقولان جاريان في عظم الرأس وغيره، والخلاف في الرؤوس باللحم وفي الاكارع باللحم في طرح عظم الرؤس والأكارع يجري على ذلك. اهـ والجلد كذلك كما تقدم عن سند أنه كاللحم إذا كان مأكولا. قال في

الحديث ....

---

[477] – ساقطة من المطبوع وم138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص350 وسيد28.

[478] – في المطبوع الملح وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو اللذي في ويحيى 66 وم 138 وسيد 28.

[479] – في المطبوع لا يبيع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 66 وم 138 وسيد 28.

[480] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 66 وم 138 وسيد 28.

[481] *– في المطبوع منه وما بين المعقوفين من يحيى66 وم138 وسيد28.

[482] *– في المطبوع التحري قال لا وما بين المعقوفين من م138 ويحيى66 وسيد28.

نص خليل

وَيُسْتَثْنَى قِشْرُ بَيْضِ النَّعَامِ وَذُو زَيْتٍ كَفُجْلٍ وَالزُّيُوتُ أَصْنَافٌ كَالْعُسُولِ لاَ الْخُلُولِ وَالأَنْبِذَةِ وَالأَخْبَازِ وَلَوْ بَعْضُهَا قِطْنِيَّةً.

متن الحطاب

المدونة: ولا خير في شاة مذبوحة بشاة مذبوحة إلا مثلا بمثل تحريا إن قدر على تحريهما قبل السلخ. قال ابن أبي زمنين: ينبغي على أصولهم أن لا يجوز إلا أن يستثني كل واحد جلد شاته، وإلا فهو لحم وسلعة بلحم وسلعة. قال سند: وروى يحيى بن يحيى نحوه عن ابن القاسم. قال الباجي: وهذا ليس بصحيح لأن الجلد لحم يؤكل مسموطا. قال سند: وعلى قول الباجي يراعى الصوف فيفرق بين المجزوزتين وغيرهما. اهـ.

ص: **ويستثنى قشر بيض النعام** ش: اعلم أن البيض ربوي على المشهور كما سيأتي فلا يباع البيض إلا بالوزن أو بالتحري وقشره تابع له كالعظم للحم إلا بيض النعام، فإن قشره كسلعة فلا يجوز بيعه ببيض آخر إلا أن يستثنيه صاحبه؛ لأنه يصير سلعة وربوي بربوي وذلك لا يجوز وهذا أحد القولين وسيأتي ذلك إن شاء الله.

ص **وذو زيت كفجل والزيوت أصناف** ش: كذا في بعض النسخ "وذو" بالواو على أنه مبتدأ خبره أصناف، وفي بعضها "وذي" بالياء على أنه معطوف على ما قبله من المجرورات، وأما قوله/ 352 "والزيوت" فهو بالرفع، والمعنى أن ما له زيت كحب الفجل والسمسم والجلجلان والقرطم والزيتون فهو ربوي وهذه الحبوب أصناف أي كل واحد منها صنف مستقل يجوز بيعه بالصنف الآخر متفاضلا.

تنبيه: شمل كلامه رحمه الله بزر الكتان وزيت الكتان، وقال ابن عرفة: وفي كون بزر الكتان ربويا رواية زكاته، ونقل اللخمي عن ابن القاسم لا زكاة فيه؛ إذ ليس بعيش. القرافي: وهو ظاهر المذهب.

قلت: والجاري على ما قدمه في باب الزكاة من أنه لا زكاة فيه أنه غير ربوي. ثم قال: وفيها زيت الزيتون وزيت الفجل وزيت الجلجلان أجناس؛ لاختلاف منافعها. قال ابن حارث: اتفقوا في كل زيت يؤكل أنه ربوي، وأجاز ابن القاسم التفاضل في زيت الكتان لأنه لا يؤكل، وقال أشهب لا يباع قبل قبضه. اهـ .

وقال اللخمي: زيت الزيتون والجلجلان والفجل والقرطم وزيت زريعة الكتان والجوز واللوز أصناف يجوز بيع كل صنف منها بالآخر متفاضلا، ويجوز التفاضل في زيت زريعة الكتان؛ لأنه لا يراد للأكل ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقدا وإلى أجل، ويجوز التفاضل في زيت اللوز؛ لأنه لا يراد للأكل غالبا وإنما يراد للعلاج ويدخل في الأدوية، وكذلك زيت اللوز عندنا. اهـ . ونقله في التوضيح وقبله فعلم من هذا أن الراجح في بزر الكتان وزيته أنهما غير ربويين، وكأن المصنف ترجح عنده أنهما ربويان بحسب بلده فإن كثيرا من الناس بمصر يستعملون زيت الكتان لقلي السمك ونحوه.

وقد قال ابن رشد في آخر سماع أبي زيد من كتاب السلم والآجال: إن زريعة الفجل وزريعة الكتان من الطعام لا تباع حتى تستوفى ولا يباع منها اثنان بواحد، وقاله في المدونة، ومعنى ذلك في البلد الذي يتخذ فيه ذلك. اهـ. وقال في الطراز لما تكلم على الزيوت: فما كان منها يؤكل في العادة فهو على حكم الطعام، وإن دخل في غير منفعة الأكل فزيت الزيتون جنس على اختلاف صفاته فيباع

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب

بعضه ببعض كيلا إلا أن يجمد منه شيء فتنضم أجزاؤه وينتقص فإنه يمنع بيعه بالجاري غير الجامد لأن الجاري إذا جمد انتقص فيكون من بيع الرطب باليابس من جنس واحد، وهذا إذا تحقق نقص الجامد عن المائع وزيت الجلجلان جنس يجوز بيعه بزيت الزيتون متماثلا ومتفاضلا مع اشتراكهما في الزيتية. قال: وكذلك زيت الفجل له حكم الطعام وهو [بأرضنا[483]] يؤكل بالطبخ والقلي وهو بأرض الصعيد صبغ للآكلين، ومنع مالك في الواضحة بيعه قبل قبضه وأوجب فيه الزكاة وهو عند مالك جنس واحد. ثم قال: ومن [الزيوت[484]] زيت البزر وهو [زيت[485]] زريعة الكتان ويختلف فيه.
[فظاهر[486]] المذهب أنه ليس على حكم الطعام، ولما منع ابن القاسم الزكاة فيه في العتبية قال إذ ليس بعيش، وقال [أصبغ[487]] في الموازية فيه الزكاة، ورواه ابن وهب عن مالك [وزكاة[488]] العشر لا تجب في غير مأكول وإن عمت منفعته، [ولهذا لا تجب[489]] في القطن والكتان والقصب والشمار، بل لا تجب في الحبوب وفي ثمرة النخيل والأعناب حتى ترجع طعاما وتطيب أيضا، فإيجاب الزكاة وأخذها من زيت الكتان يقتضي كونه على حكم الطعام وبزر الكتان يؤكل بأرضنا عادة ويباع في الأسواق [لذلك[490]] كما يباع السمسم ويؤكل نيأ ومقلوا.
واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم يجري فيه الربا [لأنه زيت من مأكول فاشبه زيت الفجل ودهن السمك، ويقال إن هذا الزيت إذا طرح فيه الملح ساغ أكله، وقال بعضهم[491]] لا ربا فيه، وهو الظاهر لأنه في العادة لا يستطاب ولا يؤكل بل يستخبث ريحه فكيف بأكله بل يعد أكله سفها فهو في نفسه خارج عن [جنس[492]] المأكول، [وقبيله[493]] ولا يلزم من إيجاب الزكاة فيه في قول؛ لأن الزكاة إنما تجب في حبه وحبه مأكول يستلذ ولا يستخبث، ولما وجبت الزكاة في حبه أخذت من زيته على قياس ما له زيت، ولأن التفاضل لا يحرم في كل جنس من الطعام، وإنما يحرم فيما يقتات ويدخر أو يصلح

353

القوت به وزيت الكتان خارج عن/ ذلك فلا يقتات به ولا يصلح به القوت في العادة أما زيت السلجم فإنه لا ربا فيه ويخالف زيت الفجل؛ لأن زيت الفجل مأكول ويخالف زيت الكتان؛ لأن زيت الكتان زيت حب مأكول والسلجم لا يؤكل حبه ولا زيته ومن الزيوت زيت [الخص[494]] وهو مأكول [من نبات مأكول[495]] وزيته بأرضنا مدخر عام الوجود، وكذلك زيت [الجوز مأكول*] من مأكول وهو مدخر عام الوجود بخراسان وأرض العراق، وكذلك زيت القرطم وزيت البطم وهو زيت الحبة الخضراء وهو كثير بالشام وبالجملة كل زيت فهو يدخر فإن كان مما يؤكل غالبا ويؤكل حبه غالبا ففيه الربا، وإن كان حبه لا يؤكل وهو يؤكل ففيه الربا اعتبارا بزيت الفجل وإن كان حبه مما يؤكل وهو لا يؤكل ففيه خلاف اعتبارا بزيت الكتان. انتهى.
فرع: قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من البزور: ولم ير مالك ما يطيب من

الحديث ....

483 – في المطبوع بأرض وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
484 – في المطبوع الزيتون وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 وم139 ويحيى67 وسيد28.
485 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
486 – في المطبوع وظاهر وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
487 – في المطبوع أشهب وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
488 – في المطبوع وزكاته وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 وم139 ويحيى67 وسيد28.
489 – في المطبوع وهذا في القطن وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 وم139 ويحيى67 وسيد28.
490 – في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
491 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 وم139 ويحيى67 وسيد28.
492 – في المطبوع نفس وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
493 – ساقطة من المطبوع ووردت في يحيى67 وم139 .
* – في م139 الجوز وزيت ماكول وسيد28 بحذف العاطف.
494 – في المطبوع الخس وما بين المعقوفين من يحيى67 وم139.
495 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 وم139 ويحيى67 وسيد28.

نص خليل إلاَّ الْكَعْكَ بِأَبْزَارٍ وَبَيْضٍ وَسُكَّرٍ وَعَسَلٍ وَمُطْلَقِ لَبَنٍ [وَحُلْبَةٍ[496] س] وَهَلْ إِنِ اخْضَرَّت تَرَدُّدٌ وَمُصْلِحُهُ كَمِلْحٍ وَبَصَلٍ وَثُومٍ.

متن الحطاب الزيوت بأشجار الأرض يخرج من صنفه، وإنما يخرج بذلك إذا طيب بصريح الطيب كالمسك والعنبر والعود وشبهه، ونحوه في الشامل فمن حلف على الزيت أن لا يأكله ولا يبيعه يحنث بالزيت المطيب ما لم يخرجه ما فيه من الطيب عن صنفه حتى يجوز التفاضل فيه إلى أجل إلا أن ينوي الزيت الخالص فلا يحنث بالطيب على حال. والله أعلم.

ص: **إلا الكعك بأبزار** ش: بفتح الهمزة على وزن أفعال جمع بزر بكسر الموحدة وفتحها والكسر أفصح. قاله في المحكم. ويجمع أبزار على أبازير فهو جمع الجمع وهي التوابل الآتي ذكرها.

فرع: وألحق اللخمي بالأبزار الدهن فقال يجوز بيع الإسفنج بالخل متفاضلا، والإسفنج الزلابية، وقال ابن جماعة: يجوز بيع الإسفنجة والمسمنة بالخبز متفاضلا.

ص: **وبيض** ش: هذا هو المشهور أنه ربوي، وقال ابن شعبان يجوز التفاضل فيه.

تنبيه: قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: وفي تهذيب الطالب عن الموازية [بيض[497]] الطير كله صنف النعام والطاوس فما دونها [مما[498]] يطير أو لا يطير يستحيا أو لا يستحيا صغيره وكبيره لا يباع إلا مثلا بمثل تحريا، وإن اختلف الأعداد والمشهور استثناء بيض النعام؛ [لأنه[499]] سلعة وغير مستهلك. اهـ. هذا هو الذي في النسخة التي رأيتها، ولعله لأن قشره سلعة. والله أعلم.

ص: **ومطلق لبن** ش: شمل قوله حتى لبن الآدمي فلا يجوز التفاضل فيه لا بجنسه ولا بغيره وهو كذلك نص عليه المشذالي في حاشيته على المدونة في كتاب السلم الثالث، وقال ابن ناجي أيضا في السلم الثالث من شرح المدونة: ولبن الآدمي عندي هو كأحد الألبان من الأنعام فيحرم التفاضل فيه وفيها. انتهى. والله أعلم.

ص: **وحلبة وهل إن اخضرت تردد** ش: اختلف في الحلبة هل هي طعام وهو قول ابن القاسم في الموازية، أو دواء وهو قول ابن حبيب، أو الخضراء طعام واليابسة دواء وهو قول أصبغ؟ ورأى بعض المتأخرين أن هذا القول تفسير، وأن المذهب على قول واحد، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: "تردد".

354 **تنبيه:** قال المصنف في التوضيح: والخلاف في الحلبة إنما هو هل هي طعام أو دواء لا في أنها ربوية/ وكلام المصنف -يعني ابن الحاجب- يوهم ذلك؛ لأنه إنما تكلم في الربوي. انتهى.

قلت: وقد اعترض الشارح على المصنف بمثل ما اعترض به على ابن الحاجب، ويظهر من كلام ابن عبد السلام أنه يستفاد من الخلاف المذكور الخلاف في كونها ربوية أم لا فإنه قال بعد ما ذكر الخلاف المتقدم: وتظهر ثمرة الخلاف بين من أثبت لها المطعومية مطلقا وبين من قيدها بالخضراء أنها على القول الأول ربوية لأنها تدخر للإصلاح، وعلى الثاني الذي قيدها بالخضراء لا تدخر فلا

الحديث ....

---

[496] س – تسكين لام الحلبة أولى انظر اللسان وشرح القاموس والرهوني.

[497] – في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 وم139 ويحيى67 وسيد29.

[498] – في المطبوع بما (وفي يحيى67 ما يطير) وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 وم139 وسيد29.

[499] *– الذي في مطبوعة شرح زروق للرسالة، ط. دار الفكر، ج2 ص108 (والمشهور استثناء قشر بيض النعام لأنه سلعة على حدته وغير مستهلك)

نص خليل [وَتَابَلٍ[500] س] [كَفُلْفُلٍ[501] س] [وَكُزْبُرَةٍ[502] س] [وَكَرَوِيًّا[503] س] وَآنِيسُونٍ وَشَمَارٍ وَكَمُّونَيْنِ وَهِيَ أَجْنَاسٌ.

متن الحطاب تكون ربوية وإن كانت طعاما. قال: والأقرب عندي أنها ليست بمطعوم [وإنما[504]] غالب استعمالها في الأدوية. اهـ.

ص: **وتابل كفلفل وكزبرة وكرويا وأنيسون وشمار وكمونين** ش: قال في الصحاح: [التابل[505]] والتابل واحد توابل القدر. اهـ. يعني أنه بفتح الباء الموحدة وكسرها، وذكر في المحكم أن بعضهم يهمزه، وتقدم عند قول المصنف: "إلا الكعك بأبزار" [أن[506]] الأبزار [هي[507]] التوابل، وقال في الصحاح: والأبزار [والأبازير[508]] التوابل. اهـ. والفلفل. قال في الصحاح: والفلفل بالضم حب معروف. اهـ. والكزبرة قال في الصحاح: هي من الأبازير بضم الباء وقد تفتح، وأظنه معربا. اهـ. ونقل بعضهم عن ابن مكي أن الصواب الفتح، وفي التنبيهات للقاضي عياض: الكسبرة بضم الكاف والباء الموحدة ويقال بالزاي، ونقل في المحكم فيها ضم الباء وفتحها مع السين والزاي، والكرويا قال في المحكم: والكرويا من البزر وزنها [فعول[509]] ألفها منقلبة عن ياء. انتهى. فأصلها كروى قلبت [ياؤها[510]] الثانية ألفا فصارت كرويا.

وقال في الصحاح في باب الميم في فصل القاف: قردم القرد ما مقصور دواء وهو كرويا. اهـ. قال في الحاشية: كرويا مثل زكريا ورواية أخرى كرويا مثل [تيميا.[511]] اهـ. والشمار قال في تكملة الصحاح للصقاني: الشمار بالفتح الرازيانج بلغة أهل مصر. اهـ. ونحوه في القاموس، والكمون قال في الصحاح بالتشديد معروف. اهـ. وهو بفتح الكاف. قاله في ضياء الحلوم. قال ابن عرفة: اللخمي في كون التوابل طعاما روايتها ورواية ابن شعبان وهي الكزبرة والقَرَنْبَادُ والفلفل وشبهه.

قلت: وفيها والشونيز والتابل ويدخل في قول اللخمي وشبه ذلك الزنجبيل. عياض: القَرَنْبَادُ بفتح القاف والراء ونون بعدهما ساكنة وآخره دال الكرويا، والشونيز بفتح الشين الحبة السوداء الشيخ عن محمد عن ابن القاسم الشمار والكمونان والأنيسون طعام، وقال محمد وأصبغ في هذه الأربعة ليست طعاما هي دواء إنما التابل الذي هو طعام الفلفل والكرويا والكزبرة والقرفا والسنبل. ابن حبيب: الشونيز والخردل من التوابل إلا الحرف وهو حب الرشاد دواء لا طعام، وعزو ابن الحاجب كون

الحديث

....

---

[500] س – فتح باء تابل أرجح من كسرها كما يفيده المصباح.

[501] س – ضم فاءي الفلفل أرجح كما يتحصل من كتب اللغة وغيرها.

[502] س – ضم باء الكزبرة أرجح من فتحها كما يفيده القاموس والمختار وغيرهما.

[503] س – أرجح لغات الكرويا ما شكل به هنا انظر اللسان والقاموس والدردير.

[504] – في المطبوع وأنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 وم139 ويحيى67 وسيد29.

[505] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 وم140 وسيد29.

[506] *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في م140 وسيد29 ويحيى67.

[507] *– في المطبوع هو وما بين المعقوفين من م140 وسيد29 ويحيى67.

[508] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 وم139 ويحيى67 وسيد29.

[509] – في المطبوع فعولل ويحيى67 وسيد29 وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 (وفي م140 فعولاء).

[510] – في المطبوع ألفها وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 ويحيى67 وسيد29.

[511] – في المطبوع بيعيا وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 وم140 ويحيى67 وسيد29.

نص خليل

لاَ خَرْدَلٍ وَزَعْفَرَانٍ وَخُضَرٍ [وَدَوَاءٍ[512] س] وَتِينٍ وَمَوْزٍ وَفَاكِهَةٍ وَلَوِ ادُّخِرَتْ بِقُطْرٍ وَكَبُنْدُقٍ وَبَلَحٍ إِنْ صَغُرَ وَمَاءٍ وَيَجُوزُ بِطَعَامٍ لأَجَلٍ وَالطَّحْنُ وَالْعَجْنُ وَالصَّلْقُ إِلاَّ التُّرْمُسَ وَالتَّنْبِيذُ لاَ يَنْقُلُ بِخِلاَفِ خَلِّهِ وَطَبْخِ لَحْمٍ بِأَبْزَارٍ وَشَيِّهِ وَتَجْفِيفِهِ بِهَا وَالْخَبْزِ وَقَلْيِ قَمْحٍ وَسَوِيقٍ وَسَمْنٍ وَجَازَ تَمْرٌ وَلَوْ قَدُمَ بِتَمْرٍ.

متن الحطاب

التوابل غير طعام لأصبغ يقتضي عموم قوله في جميعها، والذي في النوادر لأصبغ خلاف ذلك. اهـ. وقال ابن عرفة أيضا في كتاب الإجارة لما تكلم على كراء الأرض بالطعام ما نصه: وقول اللخمي يجوز كراؤها بالمصطكي نص في أنها غير طعام. اهـ. وقال الشيخ زروق: وألحق ابن عرفة الليم بالطعام المدخر بخلاف النارنج والزنجبيل بالفلفل؛ لأنه مصلح مثله. اهـ. وسيأتي في القولة التي بعدها نقل ابن غازي كلام ابن عرفة في الليم والنارنج.

355 ص: **لا خردل** ش: إلى آخره /

اعترض البساطي على ابن عرفة بما نصه: أما الخردل فظاهر كلام ابن الحاجب أنه ربوي، ورجحه المؤلف وذكر صاحب التلقين فيه خلافا، وهو أظهر عندي في الربوية من الأنيسون. اهـ. فأما/ 356 الاعتراض عليه فقد سبقه إليه الشارح بهرام، وأما كون الشيخ رجحه فليس كذلك إنما قوى المصنف القول الذي في التين، وهو الذي ذكر فيه صاحب التلقين الخلاف، وقال ابن غازي: قال ابن عرفة من عند نفسه النارنج غير طعام والليم طعام اهـ وهو كذلك في ابن عرفة، ونقل البرزلي مثله عن الرماح قال وكأنه أخذه على عرف بلده تونس أن الليم يصير للإدام والنارنج إنما يوضع للمصبغات ونحوه ولا يؤكل إلا نادرا ولو عكس أو جرى مجرى الليم في بلد لكان طعاما، ونقل عن الرماح أنه قال أشربة الحكيم كلها ربوية على الاختلاف في ربويتها، ولا يجوز أن تباع بطعام مؤخر.

قلت: قال أبو حفص: لا يجوز التفاضل في الأشربة كلها شراب الورد وشراب البنفسج وشراب الجلاب وغيره؛ لأن المنفعة فيه متقاربة، ولا يجوز عسل القصب الحلو بالقصب الحلو فإذا صار فيه شراب جاز؛ لأنه دخله أبزار مثل المطبوخ بالنيء فيجوز التفاضل فيه. وقال أيضا: والمصطكى ليست بطعام والجلبان طعام. انتهى.

ص: **وقلي قمح** ش: القمح وشبهه في ذلك سواء. والله أعلم.

ص: **وسويق وسمن** ش: يحتمل أن يريد السمن والسويق إذا صلقا صارا جنسا عن السويق غير الملتوت فتكون الواو بمعنى مع، ويحتمل أن يريد السويق جنس غير القمح؛ لأنه إذا كان القلي وحده ناقلا فأحرى القلي والطحن، وأما السمن فناقل بالنسبة إلى لبن أخرج زبده، وأما بلبن فيه زبد فلا يعد ناقلا كما نص عليه في المدونة، وأما الأسوقة بالنسبة إلى بعضها فجنس واحد نقله القباب عن ابن رشد. والله أعلم.

ص: **وجاز تمر ولو قدم بتمر** ش: هذا هو قول مالك، وأشار بـ"لو" إلى قول عبد الملك يمنع بيع القديم من التمر بالجديد. قال اللخمي: وهو أحسن إن اختلف صنفاهما كصيحاني وبرني كذا نقل

الحديث

....

---

[512] س – فتح دال الدواء أرجح من ضمها وكسرها انظر اللسان.

نص خليل وَحَلِيبٌ [وَرُطَبٌ[513] س] وَمَشْوِيٌّ وَقَدِيدٌ وَعَفِنٌ.

متن الحطاب ابن عرفة عنه، ونقله المصنف في التوضيح والشارح بدون قوله إن اختلف صنفاهما، وفي كلا النقلين نقص، بل ظاهر كلام اللخمي أنه اختار المنع أيضا من بيع الرطب بالرطب والبسر بالبسر إذا كان نقصهما يختلف، فإنه قال بعد أن ذكر الخلاف في هذه المسائل: والمنع في جميع ذلك أحسن إذا كانا من جنسين كصيحاني وبرني، وما يعلم أنهما يختلفان في النقص إذا صارا تمرا للحديث. اهـ. وصرح القباب بمخالفة اللخمي في بيع الرطب بالرطب.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: بيع التمر بالنوى فيه ثلاثة أقوال: قيل يجوز، وقيل لا يجوز، وقيل إن كان نقدا فجائز وإلا فلا من فوائد [الدرس[514]]، [ونقلتها[515]] من طرر الفخار على ابن الحاجب عند قوله: "وتعتبر المماثلة حالة الكمال فلا يباع رطب بتمر [ونحوهما[516]] باتفاق، وذكر الأقوال الثلاثة في البيان في سماع أصبغ من كتاب السلم والآجال، ونقله ابن غازي عند قول المصنف: "لا خردل وزعفران". والله أعلم.

357 ص: وحليب ش: سيأتي الكلام عليه إن شاء الله بما فيه الكفاية عند قول المصنف: "وزبد وسمن/ وجبن وأقط".

ص: ورطب ش: قال القباب: الرطب بضم الراء وفتح الطاء هو التمر الذي دخله إنضاج فإن يبس فهو تمر، والمعنى أنه يجوز بيع الرطب بمثله عند ابن القاسم وهو المشهور خلافا لابن الماجشون.

فرع: قال الباجي: وانظر إذا كان نصف الثمرة بسرا ونصفها قد أرطب هل يجوز بيع بعضه ببعض؟ نقله المصنف في التوضيح ولم يجزم فيه بشيء. وقال ابن عرفة بعد نقله كلام الباجي: قلت: الأظهر على مشهور المذهب جوازه.

فرع: ويجوز بيع البسر بالبسر، وخرج اللخمي منعه من قول ابن الماجشون في الرطب بالرطب.

ص: ومشوي وقديد ش: القديد بفتح القاف وكسر الدال وتخفيفها. قاله في التنبيهات وداله مهملة.

فرع: قال في المدونة: ولا خير في يابس القديد بمشوي اللحم وإن تحرى لاختلاف اليبس. قال أبو الحسن: وانظر هل يدخل فيهما قول مالك فيجوز على أحد القولين تحريا؟. اهـ. وهذا إذا كانا بغير أبزار أو فيهما أبزار، فإن كان الأبزار في أحدهما جاز مثلا بمثل أو متفاضلا. قاله اللخمي وهو ظاهر.

تنبيه: قال ابن رشد في سماع أبي زيد من جامع البيوع: لم يجز المشوي بالمشوي ولا القديد بالقديد من اللحم إلا بتحري أصولهما.

ص: وعفن ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: وإذا تبادلا قمحا عفنا بعفن مثله فإن اشتبها في العفن فلا بأس به وإن تباعدا لم يجز، وإن كانا مغشوشين أو كان أحدهما أو كلاهما كثير التبن أو التراب حتى يصير خطرا لم يجز أن يتبادلا إلا في الغلث الخفيف أو يكونا نقيين، وكذلك سمراء مغلوثة بشعير مغلوث لا يجوز إلا أن يكون ذلك شيئا خفيفا، وليس حشف التمر بمنزلة غلث

الحديث ....

---

[513] س – قوله رطب بضم ففتح كما في ح وشب وخش والدردير وعليش وفي الميسر ضبطه بفتح فسكون مقتصرا عليه في صغيره وزاد في كبيره ويصح ضبطه بضم الراء وفتح الطاء.

[514] – في المطبوع الدارمي وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة، ص172.

[515] – في المطبوع ونقلها وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة، ص172.

[516] – في المطبوع ونحوها وما بين المعقوفين من التوضيح، ج5 ص327.

نص خليل وَزُبْدٌ وَسَمْنٌ [وَجُبْنٌ[517] س] [وَأَقِطٌ[518] س] بِمِثْلِهَا.

متن الحطاب الطعام؛ لأن الحشف من التمر والغلث غير الطعام. اهـ . قال أبو الحسن في مسألة العفن بالعفن: قال أبو عمران: معناه إذا كان العفن خفيفا واستدل بمسألة الغلث. اهـ.

قلت: ليس العفن كالغلث فإن الغلث ليس من الطعام، وأما العفن فهو وصف للطعام وليس هو شيئا زائدا مع الطعام فتأمله.

فرع: قال ابن رشد في المسألة الثانية من رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف: وأما الطعام فيجوز مبادلة المأكول يعني المسوس والمعفون منه بالصحيح السالم على وجه المعروف في القليل والكثير على ظاهر هذه الرواية، وما وقع في رسم القسمة من سماع عيسى من جامع البيوع ومنع من ذلك أشهب كالدنانير الكثيرة النقص بالوازنة فلم يجز المعفون بالصحيح ولا الكثير العفن بالخفيف، وهو دليل ما في كتاب القسمة من المدونة من أنه لا يجوز الطعام المعفون [بالطعام المعفون[519]] إلا أن يشبه بعضه بعضا ولا يتفاوت، وأجاز ذلك سحنون في المعفون وكرهه في المأكول إذا كانت الحبة قد ذهب أكثرها، وله نحو ذلك في رسم القسمة، وحكى قول سحنون بلفظ وأجاز ذلك سحنون في المعفون ولم يجزه في المأكول. اهـ.

قلت: فتحصل من هذا أن في مبادلة المعفون بالسالم والمأكول أي المسوس بالصحيح ثلاثة أقوال؛ الجواز وهو قول مالك وابن القاسم والمنع فيهما وهو قول أشهب والجواز في المعفون والكراهة في المأكول وهو قول سحنون، وقول ابن رشد إن قول أشهب مثل ما في القسمة من المدونة غير ظاهر؛ لأنه إذا كان العفن من الجانبين فهو داخل في باب المكايسة فلا يجوز إلا في التماثل، وإذا كان من جهة واحدة كان معروفا محضا فتأمله. والله أعلم.

358 ص: وزبد وسمن وجبن وأقط ش: اللبن وما/ تولد عنه سبعة أنواع حليب ومخيض ومضروب وزبد وسمن وجبن وأقط والمخيض والمضروب قال الجزولي والشيخ يوسف بن عمر كلاهما قد أخرج زبده، لكن هذا على صفة والآخر على صفة أخرى، ولعسر الفرق بينهما لم يعدهما الزناتي قسمين، بل اكتفى بأحدهما والأقط بفتح الهمزة وكسر القاف وقد تسكن ويجوز ضم أوله وكسره. قال عياض: وهو جبن اللبن المستخرج زبده، وخصه ابن الاعرابي بالضأن، وقيل لبن مجفف مستحجر يطبخ به. قاله ابن حجر في مقدمة فتح الباري. قال اللخمي: اللبن وما يؤول إليه على وجوه حليب ومخيض ومضروب وزبد وسمن وجبن وأقط فبيع كل واحد منها بجنسه غير المخيض والمضروب متفاضلا ممنوع قولا واحدا، واختلف في بيع الحليب بالحليب متماثلا فأجازه في المدونة، وحكى أبو الفرج المنع، ويجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالسمن متماثلا، وكذلك الجبن بالجبن إلا أن يكون اليابس بالطري، ولا يجوز الحليب بالزبد ولا بالسمن ولا بالجبن ولا بالأقط ولا بيع شيء من هذه بالآخر، لأن الادخار موجود والتفاضل ممنوع والمماثلة معدومة ولا يقدر عليها، ويختلف في بيع المخيض بالمخيض

الحديث ....

---

[517] س – تسكين باء الجبن أجود لغاته كما في المصباح وغيره.

[518] س – أرجح لغات الأقط فتح الهمزة مع كسر القاف كما يوخذ من الصحاح والمختار والمصباح

[519] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 وم141 ويحيى68 وسيد29.

نص خليل ....

متن الحطاب والمضروب بالمضروب متفاضلا فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منها بحليب أو بشيء مما تقدم ذكره، ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدها بأي ذلك أحب من الحليب وغيره، وقال مالك: لا بأس بالسمن باللبن الذي أخرج زبده، وهذا لا يصح إلا على القول بأن التفاضل بينهما جائز. انتهى.
وما ذكره من التفاضل في المخيض والمضروب رده عليه أهل المذهب وقالوا اللبن كله ربوي وإلى هذا أشار المصنف بقوله المتقدم: "ومطلق لبن"، واعلم أن صور بيع هذه الأنواع السبعة بعضها ببعض من نوعه أو خلاف نوعه بعد إسقاط المكرر ثمان وعشرون صورة فبيع كل واحد بنوعه جائز إذا كان متماثلا، ولا يجوز التفاضل [فهذه سبع صور[520]] وبيع كل واحد من الحليب والزبد والسمن والجبن والأقط ببقية هذه الأنواع لا يجوز متماثلا ولا متفاضلا كما صرح به اللخمي؛ لأنه من باب بيع الرطب باليابس فلا يتحقق التماثل، وأخذ من مفهوم كلام [أبي[521]] إسحاق جواز بيع الأقط بالجبن متماثلا، وفي هذه الأنواع عشر صور، ويجوز بيع المخيض بالمضروب متماثلا لا متفاضلا على المعروف؛ لأنهما في الحقيقة شيء واحد.
وأجاز في المدونة بيع الحليب بالمضروب متماثلا فيجوز بيع الحليب بالمخيض أيضا؛ لأن المضروب والمخيض سواء فهذه ثلاث صور، وأجاز في المدونة أيضا بيع السمن بلبن قد أخرج زبده، وذلك شامل لصورتين؛ لأن الذي أخرج زبده يشمل المخيض والمضروب وذكر ابن عرفة عن الشيخ أبي محمد أن مالكا أجاز بيع الزبد بالمضروب فيجوز بيعه بالمخيض أيضا؛ لأنهما شيء واحد كما قد علمت فهاتان صورتان أيضا، وذكر الشيخ أبو إسحاق أنه اختلف في بيع الجبن بالمضروب على قولين بالجواز والكراهة وعزا ابن عرفة الجواز لابن القاسم فيجوز عنده أيضا بيع الجبن بالمخيض فهاتان صورتان أيضا، فجملة الصور ستة وعشرون صورة وبقي صورتان [وهما[522]] بيع الأقط بالمخيض وبالمضروب، وظاهر كلام اللخمي والجزولي والشيخ يوسف بن عمر والزناتي أن حكمهما الجواز كحكم بيع السمن والزبد والجبن بالمضروب، ويؤخذ ذلك أيضا من الأبيات التي ذكرها أبو الحسن الصغير فإنه قال:

السمن والزبد والأجبان والأقط ... فالسمن بالزبد كل لا يجوز معا
والجبن بالأقط المذكور بيعهما ... مماثلا ذاك عندي ليس ممتنعا
إن الحليب بهذا الكل ممتنع ... وبالضريب مباح ما قد امتنعا
أما الحليب فبالمضروب بعه ولا ... تبغ الزيادة في شيء فيمتنعا/

359 وما ذكره من جواز بيع الجبن بالأقط جار على ما ذكرنا أنه أخذ من مفهوم كلام أبي إسحاق ويؤخذ مما ذكره أبو الحسن الصغير عن أبي إسحاق التونسي أنه لا يجوز بيع الأقط بالمضروب والمخيض لأنه ذكر أن المضروب يخرج منه الأقط، وقد تقدم في تفسير الأقط نحوه وهو الظاهر، وبهذا يخالف الزبد

الحديث ....

[520] *- في المطبوع في هذه السبع صور وما بين المعقوفين من م141 ويحيى69 وسيد29.
[521] *- في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من يحيى69 وم141 وسيد29.
[522] *- في المطبوع وهي وما بين المعقوفين من م141 وسيد29 .

نص خليل كَزَيْتُونٍ وَلَحْمٍ لاَ [رَطْبِهِمَا[523] س] بِيَابِسِهِمَا وَمَبْلُولٍ بِمِثْلِهِ وَلَبَنٍ بِزُبْدٍ إلاَّ أَنْ يُخْرَجَ زُبْدَهُ وَاعْتُبِرَ الدَّقِيقُ فِي خُبْزٍ بِمِثْلِهِ.

متن الحطاب والسمن والجبن؛ لأن هذه لا تخرج من المخيض والمضروب. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد لما ذكر الخلاف في بيع الجبن بالمضروب، وانظر هل الأقط مثله أم لا لم أقف على شيء في ذلك.

تنبيه: قال ابن عرفة: ابن حبيب [لا[524]] يباع رطب الجبن بيابسه ونحوه لمحمد انتهى وهو خلاف قول اللخمي المتقدم لما ذكر جواز بيع الجبن بالجبن حيث قال إلا أن يكون اليابس بالطري، ونقله ابن يونس وغيره. ثم قال ابن عرفة: قال مالك: لا بأس بالحالوم الرطب بيابسه وبالمعصور القديم وبالجبن بالحالوم تحريا. انتهى. وقال في النوادر: ومن الواضحة ولا يباع رطب الجبن بيابسه وهو كله صنف بقريه وغنميه. ومن كتاب محمد ولا بأس بيابس الجبن برطبه على التحري إن قدر على ذلك ولا يصلح بغير تحر. محمد: وإنما جاز على التحري لدخول الصنعة فيه. انتهى.

ص: **وزيتون ولحم** ش: كذا رأيته في نسخة بعطف الزيتون بالواو فيحسن قوله لا رطبها بضمير المؤنث العائد إلى المذكورات جميعها غير أنه لو أخر قوله بمثلها عن قوله وزيتون ولحم لكان أحسن، وأما على النسخ المشهورة؛ أعني قوله كزيتون ولحم بجر الزيتون بالكاف فلا يستقيم الكلام إلا على ما قاله ابن غازي، والظاهر أن لفظ رطب تكرر في عبارة المصنف كما يفهم ذلك من كلام الشارح في الكبير، وصرح بذلك البساطي، وضبط الأول بضم الراء وفتح الطاء والثاني بفتح الراء وسكون الطاء.

ص: **لا رطبهما بيابسهما** ش: هذا مقيد في اللحم بما إذا لم يكن في اللحم أبزار وأما إن كان فيه أبزار فهو جنس آخر كما صرح به في توضيحه، وتقدم عن اللخمي أيضا عند قول المصنف: "ومشوي وقديد" .والله أعلم.

ص: **ومبلول بمثله** ش: والفرق بينه وبين المشوي والقديد كثرة الاختلاف في المبلول، ولأن أسفله لا يساوي أعلاه بخلاف الشيّ فإنه لا يختلف في الغالب. قال في التوضيح: وفيه نظر والفرق بين المبلول والعفن أن العفن لا صنع لهما فيه بخلاف البلل، ولأن المبلول يختلف نقصه إذا يبس؛ لأنه قد يكون أشد إنشافا من الآخر والعفن لا يختلف إذا تساويا في العفن قال ابن يونس: وفرق عبد الحق بأن المبلول يمكن الصبر عليه حتى ييبس والعفن ليس كذلك. والله أعلم.

360 ص: **واعتبر الدقيق في خبز بمثله** ش: ظاهره سواء كان [الخبزان[525]] مما يحرم التفاضل في/ [أصولهما[526]] كالقمح والشعير أو لا يحرم كالقمح والدخن، وقد ذكر ابن الحاجب هذا القول هكذا على الإطلاق فاعترض عليه المصنف في التوضيح في ذلك وذكر أن الباجي قيده بما إذا كان الخبزان من صنف واحد، وأن ابن رشد ذكر أنه لا خلاف أن المعتبر الوزن في الخبزين إذا كان

الحديث ....

[523] س – لارطبها بيابسها نسخة.

[524] – علق عليه الشيخ محمد سالم بـ : هكذا في النسخ ومرض الشيخ محمد عالي على [لا] بالصاد الممدود لأن قوله لا يباع ليس بخلاف لقول اللخمي المتقدم ولأن محمدا في كتابه لا يوافق على منع رطبه بيابسه .

[525] *– في المطبوع الخبز وما بين المعقوفين من م141 وسيد30 ويحيى69.

[526] – في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص360 وم141 ويحيى69 وسيد30.

نص خليل كَعَجِينٍ بِحِنْطَةٍ أَوْ دَقِيقٍ وَجَازَ قَمْحٌ بِدَقِيقٍ وَهَلْ إِنْ وُزِنَا تَرَدُّدٌ وَاعْتُبِرَتِ الْمُمَاثَلَةُ بِمِعْيَارِ الشَّرْعِ وَإِلاَّ فَبِالْعَادَةِ فَإِنْ عَسُرَ الْوَزْنُ جَازَ التَّحَرِّي [إن[527] س] لَّمْ يُقْدَرْ عَلَى تَحَرِّيهِ [لِكَثْرَتِهِ[528] نص] وَفَسَدَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ إِلاَّ [لِدَلِيلٍ[529] س] كَحَيَوَانٍ بِلَحْمِ جِنْسِهِ إن لَّمْ يُطْبَخْ أَوْ بِمَا لاَ تَطُولُ حَيَاتُهُ.

متن الحطاب أصلهما مختلفا على مذهب من يرى أن الأخباز كلها صنف واحد. قال: فليس هذا القول على عمومه كما قال المصنف يعني ابن الحاجب. انتهى. وقال في الشامل: والمعتبر الدقيق إن كان صنفا واحدا وإلا فبوزن الخبزين اتفاقا. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن حكى الاتفاق عن ابن رشد: وظاهر كلام ابن شاس ونص ابن الحاجب أنه مختلف فيه وهو بعيد أو ممتنع. انتهى.

تنبيه: إذا اعتبر الدقيق في الخبزين إذا كانا من صنف واحد، فإن عرف كل واحد قدر كيل دقيقه فلا إشكال، وإن لم يعلم ذلك فيتحرى قدر ما في كل واحد من الدقيق. قاله في أواخر سماع أبي زيد من جامع البيوع.

فرع: قال في العمدة: ويجوز قسمة الخبز واللحم ونحو ذلك على التحري عند تعذر الموازين ويسهم عليه. انتهى. وانظر التوضيح.

ص: كعجين بحنطة أو دقيق ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في النوادر: ومن كتاب محمد قال مالك: ولا بأس بسلف [الخميرة[530]] للجيران ويردونها. قال في العتبية من سماع ابن القاسم على التحري: قال محمد وذكر أشهب العجين بالعجين تحريا. انتهى.

فائدة: نشأ القمح الذي يصفق به ألوان الثياب ليس فيه ربا. قاله الزناتي في شرح الرسالة. انتهى من الألغاز.

ص: وإلا فبالعادة ش: أطلق رحمه الله في العادة والمنقول أنه إذا لم يكن للشرع فيه معيار فالمعتبر العادة/ العامة، فإن لم يكن فعادة محله كما صرح به ابن الحاجب. والله أعلم. 361

ص: وفسد منهي عنه إلا بدليل ش: لما انقضى الكلام على البيع الصحيح وما يعرض له أخذ يتكلم على البيع الفاسد، وجعل هذا الكلام مقدمة له، والمذهب أنه يدل على فساد المنهي عنه. قال ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور في مذهبنا، وقال ابن مسلمة في الفاسد المختلف فيه إنه يمضي، وقوله: "إلا بدليل" نحوه لابن الحاجب. قال ابن عبد السلام أي إلا بدليل منفصل يدل على أن بيعا خاصا لا ينقض. اهـ . ولعل من أمثلة ذلك ما يأتي في بعض البيوع أنه لا يجوز ويمضي كما في تلقي السلع، وفي بعضها أنه يمضي على صفة ولا يمضي على أخرى كتفريق الأم من ولدها فإنه إن جمعاهما في ملك واحد مضى ونحو ذلك.

ص: كحيوان [بلحم جنسه[531]] إن لم يطبخ ش: روى مالك في مراسيل ابن المسيب عن زيد

الحديث ....

---

[527] س – لا إن نسخة.

[528] س –* فتح كاف الكثرة أفصح من كسرها وضمها على الأرجح انظر شروح القاموس والمصباح وغيرهما.

[529] س – إلا بدليل نسخة.

[530] – في المطبوع الحميرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص360 وم142 ويحيى69 وسيد30.

نص خليل ....

متن الحطاب

بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان. قال ابن عرفة: قال أبو عمر لا أعلمه يتصل من وجه ثابت وأحسن أسانيده مرسل سعيد هذا. اهـ . وقال ابن عبد السلام عن ابن المسيب: من [ميسر الجاهلية[532]] بيع اللحم بالشاة والشاتين. قال أبو الزناد: قلت لابن المسيب أرأيت رجلا يشتري شارفا بعشرة شياه فقال إن كان اشتراها [لينحرها[533]] فلا خير في ذلك.

قال أبو الزناد: وكان من أدركت ينهون عن بيع اللحم بالحيوان قال: وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل ينهون عن ذلك. اهـ . والحديث عام في كل لحم بحيوان لكنه عند مالك ليس محمولا على عمومه بل مخصوص عنده رضي الله عنه ببيع اللحم بنوعه من الحيوان؛ لأن بيع اللحم بالحيوان بيع معلوم بمجهول من جنسه فهو من المزابنة وهي إنما تمتنع في الجنس الواحد، ولهذا قال المصنف: "كحيوان بلحم جنسه"، وأما لحم الطير بالغنم ولحم الغنم بلحم الطير أو الحوت فجائز. قال في التوضيح: إن المزابنة شرطها اتحاد الجنس. اهـ .

تنبيه: أطلق المصنف وابن الحاجب في بيع الحيوان بلحم جنسه وهو مقيد بالحيوان المباح الأكل. قال في التوضيح لما علل بالمزابنة: وفي هذا إشارة إلى أنه لو كان غير مباح الأكل لجاز بيعه باللحم وهو كذلك فيجوز بيع الخيل باللحم لعدم المزابنة حينئذ. اهـ. وروي عن أشهب جواز بيع اللحم بالحيوان.

قال ابن عرفة: والمعروف عنه كقول مالك اهـ وفي السلم الثالث من المدونة: ومحل النهي عن اللحم بالحيوان إنما ذلك من [صنف[534]] واحد لموضع التفاضل فيه والمزابنة فذوات الأربع الأنعام والوحش كلها صنف واحد لا يجوز التفاضل فيه ويجوز لحم طير بحي من الأنعام والوحش والحوت بالطير كله أحياء نقدا أو إلى أجل، وما كان من الطير والوحش والأنعام لا يحيا وشأنه الذبح فلا خير فيه بالحوت ولا باللحم من غير صنفه إلا يدا بيد وكل شيء من اللحم يجوز فيه التفاضل فجائز فيه الحي بالمذبوح. ثم قال: ولا بأس بلحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب نقدا أو مؤجلا لأنها لا تؤكل لحومها، وأما بالهر والثعلب والضبع فمكروه لاختلاف الصحابة في أكلها ومالك يكره أكلها من غير تحريم، ولا بأس بالجراد بالطير وليس هو لحما، ويجوز واحدة من الجراد باثنتين من الحوت يدا بيد إذ ليس الجراد من الطير ولا من دواب الماء. اهـ .

362 ثم قيد المصنف المنع بأن لا يطبخ اللحم، فإن طبخ جاز بيعه بالحيوان/ من جنسه؛ لأن اللحم بالطبخ ينتقل عن جنسه ويجوز فيه التفاضل [فلأن[535]] يجوز في الحيوان من باب أولى، ونقل ابن الحاجب في ذلك قولين فقال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام ظاهر كلامه أن القولين بالجواز والمنع، والذي حكاه ابن المواز أن ابن القاسم أجازه وأشهب كرهه.

الحديث

1 – عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم، الموطأ مع تنوير الحوالك، كتاب البيوع، ج1 ص160، رقم الحديث 1359، دار الفكر.

531 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 وم142 ويحيى70 وسيد30.

532 – في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 وم142 ويحيى70 وسيد30.

533 – في المطبوع ليسخرها وما بين المعقوفين من م142 والشيخ 113 وسيد 30

534 – في المطبوع صنع وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 وم142 ويحيى70 وسيد30.

535 – في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 وم142 ويحيى70 (وفي سيد30 فان).

نص خليل

أَوْ لاَ مَنْفَعَةَ فِيهِ إلاَّ اللَّحْمُ أَوْ قَلَّتْ فَلاَ يَجُوزَانِ بِطَعَامٍ لأَجَلٍ كَخَصِيِّ ضَأْنٍ وَكَبَيْعِ الْغَرَرِ كَبَيْعِهَا بِقِيمَتِهَا أَوْ عَلَى حُكْمِهِ أَوْ حُكْمِ غَيْرٍ أَوْ رِضَاهُ أَوْ تَوْلِيَتِكَ سِلْعَةً لَمْ يَذْكُرْهَا أَوْ ثَمَنَهَا بِإِلْزَامٍ وَكَمُلاَمَسَةِ الثَّوْبِ أَوْ مُنَابَذَتِهِ فَيَلْزَمُ وَكَبَيْعِ الْحَصَاةِ وَهَلْ هُوَ بَيْعُ مُنْتَهَاهَا أَوْ يَلْزَمُ بِوُقُوعِهَا أَوْ عَلَى مَا تَقَعُ عَلَيْهِ بِلاَ قَصْدٍ أَوْ بِعَدَدِ مَا تَقَعُ تَفْسِيرَاتٌ وَكَبَيْعِ مَا فِي بُطُونِ الإِبِلِ أَوْ ظُهُورِهَا.

متن الحطاب

فرع: قال الشيخ أبو الحسن في كراء الدور والأرضين في مسألة من أكرى أرضه بدراهم: إنه لا بأس أن يأخذ ما يجوز أن يبتدئا به كراء الأرض، ويؤخذ منه أن من باع حيوانا للذبح بدراهم إلى أجل أن له أن يقتضي من ثمنه طعاما كما يجوز بيعه به ابتداء، وهذا إذا كان يراد للقنية، وأما إن كان لا منفعة فيه إلا اللحم فلا يجوز. اهـ .

ص: **أو لا منفعة فيه إلا اللحم أو قلت** ش: فلو كان فيه منفعة غير اللحم وليست قليلة كما إذا كان لها صوف ولبن فليس كاللحم، ولو علم أن البائع كان يريد ذبح ما ذكر فأبدله بحيوان آخر. قال في المدونة: ومن أراد ذبح عناق كريمة أو حمام أو دجاج فأبدلها رجل منه بكبش وهو يعلم أنه أراد ذبح ذلك فجائز.

ص: **كبيعها بقيمتها أو على حكمه أو حكم غيره أو رضاه** ش: هذه مسألة كتاب البيوع الفاسدة من المدونة. قال أبو الحسن: اللخمي إلا أن يقوم دليل على أن القصد بالتحكيم المكارمة فيجوز كالهبة للثواب. اهـ وقبله في الشامل فقال إلا [لكرامة[536]] قريب ونحوه.

ص: **بإلزام** ش: يعود إلى جميع ما تقدم وإن كان على غير الإلزام جاز كما سيأتي في آخر فصل الخيار، وإن سكت عن ذكر اللزوم وعدمه جاز وهو محمول على أنه بالخيار إذا رآها. قاله أبو الحسن الصغير في السلم الثالث.

363

ص: **وكملامسة [الثوب[537]]** ش: قال في المدونة/ في كتاب الغرر: قال مالك: والملامسة شراؤك الثوب لا تنشره ولا تعلم ما فيه أو تبتاعه مثلا ولا تتأمله أو ثوبا مدرجا لا ينشر من جرابه. أبو الحسن: قوله ولا تعلم ما فيه؛ يعني وتكتفي باللمس وهو بين في الأمهات.

فرع: قال ابن عرفة: قال المازري ولو فعلا هذا على أن ينظر إليها ويتأملها فإن رضي أمسك جاز. اهـ.

ص: **وكبيع ما في بطون الإبل أو ظهورها** ش: قال ابن عرفة: اشتهر في كتب الفقهاء والأصوليين حديث النهي عن بيع المضامين والملاقيح [1] ولا أعرفه في كتاب حديث إلا في الموطإ مرسلا، روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان، وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة. ثم قال: وخرج مسلم ومالك في الموطإ عن نافع عن عبد الله عن

الحديث

1 – لا ربا في الحيوان وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبَل الحَبَلَةِ، والمضامين: بيع ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: بيع ما في ظهور الجمال، الموطأ كتاب البيوع الحديث 63 ص 414 دار الكتب العلمية بيروت لبنان

---

536 – في المطبوع بكرامة وما بين المعقوفين من يحيى70 وسيد30.

537 – في المطبوع الأثواب وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 وم142 ويحيى70 وسيد30.

نص خليل

أَوْ إِلَى أَنْ يُنْتَجَ النَّتَاجُ وَهِيَ الْمَضَامِينُ وَالْمَلاَقِيحُ وَحَبلُ الْحَبلَةِ وَكَبَيْعِهِ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِ حَيَاتَهُ وَرَجَعَ بِقِيمَةِ مَا أَنْفَقَ أَوْ بِمِثْلِهِ إِنْ عَلِمَ وَلَوْ سَرَفًا عَلَى الأَرْجَحِ وَرُدَّ إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ وَكَعَسِيبِ الْفَحْلِ يُسْتَأْجَرُ عَلَى عَقُوقِ الأُنْثَى وَجَازَ زَمَانٌ أَوْ مَرَّاتٌ فَإِنْ أَعَقَّتِ انْفَسَخَتْ وَكَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ يَبِيعُهَا بِإِلْزَامٍ نَقْدًا أَوْ أَكْثَرَ لأَجَلٍ أَوْ سِلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ إِلاَّ بِجَوْدَةٍ وَرَدَاءَةٍ وَإِن اخْتَلَفَتْ قِيمَتُهُمَا لاَ طَعَامٍ وَإِن مَعَ غَيْرِهِ كَنَخْلَةٍ مُثْمِرَةٍ مِن نَّخلاَتٍ إِلاَّ الْبَائِعَ يَسْتَثْنِي خَمْسًا مِنْ جِنَانِهِ.

متن الحطاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع [حبل[538]] الحبلة[1].

ص: **أو إلى أن ينتج النتاج** ش: قال ابن الفاكهاني في شرح الرسالة: النتاج بكسر النون ليس إلا. اهـ.

ص: **وكبيعه بالنفقة عليه حياته** ش: يشير إلى قوله في كتاب السلم الثاني من المدونة: ومن اشترى دارا على أن ينفق على البائع حياته لم يجز، فإن وقع وقبضها المبتاع واستغلها كانت الغلة له بضمانه ويرد الدار إلى البائع ويرجع عليه بقيمة ما أنفق عليه إلا أن تفوت الدار بهدم أو بناء فيغرم المبتاع قيمتها يوم قبضها. اهـ. قال المشذالي: تكررت هذه المسألة في الشفعة وفي آخر كتاب الحبس قال/ الوانوغي: قال عبد الوهاب إنما فسد البيع للجهل بالعوض؛ لأن النفقة وقعت إلى غير مدة معلومة، ولو اتفقا على تعيين البائع مدة معلومة لجاز إذا كان يرجع إلى ورثته ما بقي من المدة إن مات قبل تمامها، ونحوه لابن محرز عن أشهب، ومعنى قيمة ما أنفق يريد إذا كان في جملة عيال المشتري، وأما لو دفع إليه المشتري مكيلة طعام أو وزنا معلوما من دقيق أو دراهم لرجع بذلك. اهـ.

364

قال أبو الحسن إثر كلام المدونة المذكور: قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وإنما يرجع عليه بقيمة ما أنفق إذا كان لا يحصي النفقة أو كان في جملة عياله، وأما لو دفع مكيلة معلومة من الطعام أو دنانير أو دراهم معلومة لرجع عليه بمثل ذلك، وقوله يعني في المدونة: "إلا أن تفوت الدار" الخ ويتقاصان قال: ولو أسكنه إياها على أن ينفق عليه حياته فهو كراء فاسد فيرجع عليه بقيمة ما أنفق وعليه كراء ما سكن ويتقاصان أيضا.

ص: **إلا أن يفوت** ش: ظاهره أنه إذا فات المبيع فإن البيع يمضي، وليس كذلك بل حكمه حكم البيع الفاسد يفسخ بالقيمة فيرجع البائع بقيمة المبيع يوم قبضه ويقاصه المشتري بما أنفقه عليه، وقد نبه على ذلك البساطي وهو ظاهر. والله أعلم.

ص: **على عقوق الأنثى** ش: الظاهر أن عقوق بفتح العين. والله أعلم.

ص: **وإن أعقت انفسخت** ش: ظاهر كلامه أنه راجع إلى الصورتين؛ أعني الزمان والمرات، وهو الذي ارتضاه ابن عرفة خلاف ما ذكره ابن عبد السلام أنه راجع إلى مسألة المرات. والله أعلم.

365

ص: **[يبيعها[539]] بالإلزام** ش: أي بالإلزام للمتبايعين أو لأحدهما/ فلا يجوز إلا إذا كان الخيار

الحديث

[1] – صحيح البخاري، كتاب البيوع، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2143، صحيح مسلم، كتاب البيوع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، رقم الحديث 1514، وفي لفظ الموطأ وحبل الحبلة، الموطأ, كتاب البيوع, الحديث 63

---

[538] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 وم142 ويحيى70 وسيد30.

[539] – في المطبوع وكبيعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص364 وم143 ويحيى71 وسيد30.

نص خليل وَكَبَيْعِ حَامِلٍ بِشَرْطِ الْحَمْلِ.

متن الحطاب لهما معا. قال في المدونة: ولا يجوز بيع سلعة على أنها بالنقد بدينار أو إلى شهر بدينارين، وكذلك على أنها إلى شهر بدينار أو إلى شهرين بدينارين على الإلزام لهما أو لأحدهما وليس للمبتاع تعجيل النقد لإجازة البيع؛ لأنه عقد فاسد وإن كانت على غير الإلزام جاز. اهـ من البيوع الفاسدة قبل الكلام على البيع بشرط العتق، ونحوه لابن الحاجب، وقال الشارح في الكبير: وإنما قال بالإلزام احترازا مما إذا باع ذلك على خيار لهما أو لأحدهما فإن ذلك يجوز. اهـ ونحوه في الوسط وهو سهو ظاهر، وكأنه غره -والله أعلم- ظاهر التوضيح فإنه قال: وقوله -يعني ابن الحاجب- على اللزوم أي شرط منع النوعين رجاء أن يكون البيع لازما للمتبايعين معا أو لأحدهما وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما جاز. اهـ فقوله آخرا وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما عطفه بأو يوهم ما قاله الشارح؛ غير أن في كلام التوضيح ما يصرف هذا الوهم، وهو أنه صدر بأنه إن كان البيع على اللزوم لهما أو لأحدهما فإنه لا يجوز، فعلم أن قوله أو لأحدهما من جملة النفي أي شرط الجواز أن ينتفى الأمران أعني اللزوم لهما أو لأحدهما.

366 ص: وكبيع حامل بشرط الحمل ش: أطلق في/ الحامل ليشمل كل حامل من أمة أو غيرها وأطلق أيضا في النهي عن شراء الحامل بشرط الحمل فشمل ما إذا قصد بالشرط الاستزادة في الثمن أو قصد البراءة فهو كقول ابن الحاجب ففي بيع الإماء وغيرهن بشرط الحمل الظاهر ثالثها إن قصد البراءة صح وإلا فسد، وقد قال في التوضيح: فيه نظر؛ لأنه يقتضي أن القول الثاني لا يصح وإن قصد البراءة، وهذا لا ينبغي أن يختلف في جوازه، وقد صرح ابن زرقون بذلك، وأن الخلاف إذا قصد الاستزادة في الثمن والمشهور المنع، فسوق الشارح كلام ابن زرقون على أنه طريقة ثانية لا ينبغي، [بل كان ينبغي[540]] له تقييد كلام المصنف به كما فصل في التوضيح. والله أعلم.

تنبيه: إذا حملت كلام المصنف على ما إذا قصد الاستزادة من الثمن فمفهومه أنه إذا قصد التبري جاز مطلقا، سواء كان الحمل ظاهرا أم خفيا، أما الظاهر فصحيح، وأما الخفي فإنما يصح ذلك في الوخش، وأما الرائعة فلا يجوز فيها اشتراط البراءة من الحمل الخفي، قال ابن الحاجب: وأما شرط الحمل الخفي ففاسد إلا في البراءة. قال في التوضيح: أي فلا يجوز إذا قصد الاستزادة، وما ذكره من جواز التبري في الحمل الخفي إنما هو في الوخش، وأما الرائعة فلا يجوز بيعها بشرط البراءة منه؛ لأن الحمل يحط من ثمنها كثيرا وذلك غرر نص عليه في المدونة وغيرها. قال: وهذا مع انتفاء السيد من وطئها وأما إن أقر بوطئها فلا يجوز بيعها وإن كانت وخشا؛ إذ لا خلاف أن البراءة لا [تنفع[541]] من حمل يلزمه. اهـ والحاصل أنه إذا قصد الاستزادة في الثمن لم يجز مطلقا وإن قصد التبري جاز [إن[542]] كان ظاهرا إلا أن يعترف بالوطء ولم يدع الاستبراء وإن كان خفيا جاز

الحديث ....

[539] - في المطبوع وكبيعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص364 وم143 ويحيى71 وسيد30.

[540] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 وم143 ويحيى71 وسيد30.

[541] - في المطبوع تقع وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 (وفي م143 تنفعه) (وفي يحيى71 لا تنفعه) وسيد30.

[542] - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 وم143 ويحيى71 وسيد30.

نص خليل

وَاغْتُفِرَ غَرَرٌ يَسِيرٌ لِلْحَاجَةِ لَمْ يُقْصَدْ [وَكَمُزَابَنَةٍ[543] نس] مَجْهُولٍ بِمَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ مِنْ جِنْسِهِ وَجَازَ إِنْ كَثُرَ أَحَدُهُمَا فِي غَيْرِ رِبَوِيٍّ [وَنُحَاسٍ[544] نس] بِتَوْرٍ لاَ فُلُوسٍ وَكَكَالِئٍ بِمِثْلِهِ فَسْخُ مَا فِي الذِّمَّةِ فِي مُؤَخَّرٍ وَلَوْ مُعَيَّنًا يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ كَغَائِبٍ وَمُوَاضَعَةٍ أَوْ مَنَافِعِ عَيْنٍ وَبَيْعُهُ بِدَيْنٍ وَتَأْخِيرُ رَأْسِ مَالِ [سَلَمٍ[545] نس] وَمُنِعَ بَيْعُ دَيْنِ مَيِّتٍ وَغَائِبٍ وَلَوْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ وَحَاضِرٍ إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ.

متن الحطاب

في الوحش لا في العلى. والله أعلم.

367 ص: ونحاس ش: النحاس بضم النون معروف والدخان الذي لا لهب فيه. قال/ في الصحاح: والنحاس بكسر النون الطبيعة والأصل. اهـ.

ص: أو منافع عين ش: قال في المدونة من كتاب الآجال: ومن لك عليه دين حال أو إلى أجل فلا تكتر منه داره سنة أو أرضه التي رويت أو عبده شهرا أو تستعمله هو به عملا يتأخر ولا تبتاع به منه ثمرة حاضرة في رؤوس النخل قد/ أزهت أو أرطبت أو زرعا قد أفرك لاستئخارهما ولو استجدت الثمرة أو استحصد الزرع ولا تأخير لهما جاز. 368

تنبيه: قال ابن رشد في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الرواحل: من اكترى دابة بعينها فهلكت فإن الكراء يفسخ ويجب للمكتري الرجوع [على الكري[546]] بما ناب ما بقي من المسافة من الكراء، ولا يجوز له أن يأخذ منه بذلك دابة أخرى غير معينة بإجماع لأنه إذا أخذ منه بذلك دابة فركبها كان قد فسخ ما وجب [له به الرجوع[547]] من الكراء في ركوب لا يتعجله، وإن أخذ منه في ذلك دابة معينة لم يجز عند ابن القاسم وروايته عن مالك، كما صرح بذلك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب البيوع قال فيه إلا عند الضرورة التي تحل أكل الميتة مثل أن يكون في صحراء بحيث لا يجد كراء ويخشى على نفسه الهلاك إن لم يأخذ منه دابة يبلغ عليها وأشهب يجيز أن يأخذ منه دابة لما بقي له وإن لم [تكن ضرورة.[548]] اهـ.

فرع: قال في المدونة بعد [أن ذكر[549]] ما تقدم: ولو بعت دينك من غير غريمك بما ذكرنا جاز وليس كغريمك لأنك انتفعت بتأخيره في ثمن ما فسخته فيه عليه بخلاف الأجنبي. اهـ. فظاهره أنه يجوز بجميع ما تقدم ذكره، وقد صرح في الأم بجوازه في المواضعة والغائب والثمرة التي أزهت والزرع الذي أفرك ولم يذكر فيها بيعه بمنافع العين وظاهر كلام البراذعي جوازه؛ لإدخاله إياه في العموم، وقال اللخمي: واختلف فيمن له دين فباعه من أجنبي بمنافع عين أو دابة. اهـ.

ص: وحاضر إلا أن يقر ش: قال في المسائل الملقوطة: قال في وثائق الغرناطي لا يجوز بيع الدين إلا بخمسة شروط أن لا يكون طعاما وأن يكون الغريم حاضرا مقرا به وأن يباع بغير جنسه وأن لا يقصد

الحديث

---

543 نس – ومزابنة في كلام المصنف بغير تنوين على الاضافة بيانية أو بالتنوين فمجهول بالجر بدل أو عطف بيان وبالرفع خبر لمبتدإ محذوف قاله شب ونحوه لغيره.

544 نس – ضم نون النحاس أرجح من كسرها وفتحها كما يوخذ من ح وشرح القاموس وغيرهما.

545 نس – السلم نسخة.

546 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 وسيد30 (وفي م143 ويحيى71 المكرى).

547 – في المطبوع وجب له بالرجوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 وم143 ويحيى71 وسيد30.

548 – في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 وم143 ويحيى71 وسيد30.

549 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 وم143 ويحيى71 وسيد30.

نص خليل ....

متن الحطاب ببيعه ضرر المديان وأن يكون الثمن نقدا. اهـ. ونزلت مسألة وهي رجل اشترى دينا وفيه رهن أو حميل فهل يدخل الرهن والحميل في الدين أو لا، وكذلك من أحيل على دين أو وهب له أو ملكه وفيه رهن أو حميل هل يدخلان أم لا فأخبرت أن بعض الناس أفتى فيها بدخول الرهن والحميل من غير تفصيل، ولم ينص أحد من أهل المذهب على ذلك فيما علمت وليس ما أفتى به من عدم التفصيل بصواب فيما يظهر، والظاهر أن يقال أما إذا كان في الدين المحال به رهن أو حميل فلا شك أن بالحوالة يبرأ المحيل ويرجع الرهن إلى ربه.

قال المصنف في باب الضمان: وإن بريء الأصيل بريء يعني الضامن، وأما الرهن فلا يخلو أن يشترط دخوله أو عدم دخوله أو يسكت عن ذلك فإن شرط دخوله دخل وللراهن الخيار بين أن يجعله بيد المشتري أو يجعله بيد عدل غيره وإن شرط عدم دخوله لم يدخل، وإن سكت عن ذلك فلا يدخل أيضا؛ لأن الدين ملك للبائع والتوثق بالرهن حق له والكل منهما منفك عن الآخر؛ والأصل بقاء ما للإنسان على ملكه حتى يخرج عنه برضاه، وإن اختلفا في البيع هل وقع على دخول الرهن أو لا فيتحالفان ويتقاسمان ويبدأ البائع [كما إذا[550]] اختلف البائع والمشتري في البيع هل وقع على رهن أو حميل، وكذلك القول في الحميل إلا أنه إذا شرط/ دخوله فيشترط فيه أن يحضر ويقر بالحمالة لئلا يصير من شراء ما فيه خصومة، ومثل ذلك إذا وهب الدين أو ملكه، ويشهد لذلك ما ذكره ابن عرفة في باب الأيمان عن ابن القاسم في المجموعة فيمن حلف ليقضين غريمه إلى أجل كذا إلا أن يؤخره ونصه في المجموعة عن ابن القاسم لو كان الدين غير محيط فرضي الغرماء بالحوالة عليه وأخروه وأبرؤا الورثة لم يجز إلا أن يجعل الورثة لهم أي للغرماء ما كان لهم من التأخير؛ لأن الطالب لو أحال بالحق رجلا فأنظره المحال لم يبرأ إلا أن يجعل بيده التأخير كما كان له. اهـ.

369

وذكر هذا التقييد الذي ذكره ابن القاسم أبوالحسن الصغير ثم وقفت في كتاب الرهون من النوادر في باب تعدي المرتهن على كلام يشهد لما ذكرته، ونصه من المجموعة: قال سحنون وإذا باع المرتهن الدين الذي على الراهن فسأله المشتري دفع الرهن إليه فليس له ذلك وإن فعل ضمن. اهـ. فقوله ليس له دفع الرهن للمشتري موافق لما ذكرته، ولا يؤخذ من كلامه أن الرهن يسقط فتأمله. وذكر بعضهم أن القاضي سندا ذكر في السلم شيئا مما يتعلق بانتقال الدين فينظر فيه.

مسألة: إذا باع سلعة على أن يوفيه الثمن من عطائه فيحبس العطاء أو بعضه وله مال غيره فيه [وفاء بما[551]] عليه فهل يلزمه أن يعطيه من غيره أم لا؟ وفي ذلك ثلاثة أقوال ذكرها ابن رشد في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب المديان، ونقلها البرزلي في مسائل البيوع [ونص ما[552]] في رسم الأقضية: وسئل عن الرجل يتعين في عطائه فيحبس العطاء وله مال فيه و[فاء بما[553]] عليه

الحديث ....

550 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 وم143 ويحيى72 وسيد31.

551 – في المطبوع وقائما وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 ويحيى72 وسيد31.

552 – في المطبوع ونصهما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 72 وسيد 31.

553 – في المطبوع وقائما وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى72 وسيد31.

نص خليل وَكَبَيْعِ الْعُرْبَانِ أَنْ يُعْطِيَهُ شَيْئًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَرِهَ الْمَبِيعَ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ.

متن الحطاب من تلك [العينة[554]] [أيوخذ[555]] ذلك من ماله قال لا أرى ذلك. قال ابن رشد: تكررت هذه المسألة في آخر السماع والمعنى فيها أنه حكم للعطاء [بحكم الدين الثابت في الذمة في أن مصيبته ممن اشتراه إن مات الذي عليه الدين أو فلس، ومعنى ذلك في العطاء[556]] المأمون فإذا تعين هذا في العطاء بأن يشتري سلعة بدين على أن يقضيه من عطائه إذا خرج فلم يخرج بطل حقه، وإن خرج بعضه حل عليه من الدين بحساب ما خرج منه على ما يأتي في آخر السماع، وكذلك لو اشترى العطاء فلم يخرج لم يكن له على هذا القول شيء.

وقد قيل إنه إذا تعين في عطائه أو باعه كان ذكر العطاء كالأجل وتعلق ذلك بذمته إن لم يخرج العطاء أو مات قبل خروجه وهو اختيار محمد بن المواز وقول مالك في رواية أشهب عنه في الواضحة، وهذا القول يأتي على قياس غير ابن القاسم في المدونة في الذي يشتري السلعة بدنانير له آتية فإنه ضامن لها إن تلفت وإن لم يشترط الضمان، ويلزم على [قياس[557]] قول ابن القاسم في هذه المسألة أن لا يجوز التعين في العطاء إلا بشرط الخلف، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن البيع لا يجوز إلا بشرط الضمان إن لم يخرج العطاء، والثاني أنه جائز والحكم يوجب الضمان، والثالث أنه جائز ولا يلزمه الضمان، وأما العطاء الذي ليس بمأمون فلا يتعين فيه حق من ابتاعه أو يتعين [فيه باتفاق،[558]] ويختلف هل يجوز ذلك بشرط الخلف على قولين، ويحتمل أن يوفق بين الروايات بأن تحمل هذه الروايات على العطاء المأمون وما في الواضحة واختيار ابن المواز على العطاء الذي ليس بمأمون. وبالله التوفيق.

وما أشار إليه في آخر السماع هي آخر مسألة منه، ونصها: وسئل عن الرجل يشتري من الرجل بالدين في عطائه أو إلى أول عطاء يخرج له فيكتب ذلك في ديوانه فيخرج له نصف العطاء أيحل حقه كله عليه؟ قال: إن أمثل ذلك عندي لو أخذ منه ما خرج عن عطائه فقط. وسئل عن الرجل يتعين في عطائه فيحبس العطاء وله مال فيه [وفاء بما[559]] عليه من تلك [العينة[560]] أيؤخذ ذلك من ماله؟ قال: لا أرى ذلك. قال ابن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في رسم الأقضية من هذا السماع فلا وجه لإعادته. وبالله التوفيق.

ص: **وكبيع العربان إلى آخره** ش: قال ابن الحاجب: "ومنه بيع العربان وهو أن يعطي شيئا على أنه إن كره البيع أو الإجارة لم يعد إليه". قال في التوضيح: فرع: فإن وقع البيع أو الكراء على ذلك فقال عيسى/ ابن دينار يفسخ، فإن فاتت [السلعة[561]] مضت بالقيمة. اهـ. ونحوه في الشامل، 370

الحديث ....

---

[554] – في المطبوع الغيبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى72 وسيد31 وم144.

[555] – في المطبوع أو يوخذ ويحيى72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 وسيد31.

[556] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[557] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[558] – في المطبوع حق وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[559] – في المطبوع وقائما وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[560] – في المطبوع الغيبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم144 وسيد31 (وفي يحيى72 المعينة).

[561] *– وردت في التوضيح ص507 وهي ساقطة من المطبوع وسيد31 ويحيى72 وم144.

نص خليل وَكَتَفْرِيقِ أُمٍّ فَقَطْ مِنْ وَلَدِهَا.

متن الحطاب ونصه: وفسخ إلا أن يفوت فبالقيمة. اهـ. والله أعلم.

ص: وكتفريق أم من ولدها فقط ش: أي ومن البيوع المنهي عنها البيع الذي يفرق به بين الأم وولدها والأصل فيه ما أخرجه الترمذي عن أبي أيوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: {من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة[1]} قال حديث حسن وأخرجه الحاكم، وقال صحيح على شرط مسلم، وذكره المصنف في التوضيح بلفظ: {من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة2} [وأخرجه[562]] الطبراني في الكبير عن معقل بن يسار بلفظ: {من فرق فليس منا3} وقال اللخمي: قال صلى الله عليه وسلم: {لا توله والدة عن ولدها4} وقوله: "توله" بضم التاء وفتح الواو واللام المشددة، ويجوز في الهاء الإسكان على أنه نهي والرفع على أنه خبر معناه النهي، ونظائره كثيرة والوله ذهاب العقل والتحير من شدة [الحزن[563]] ويقال رجل واله وامرأة والهة، وواله بإثبات الهاء وحذفها، ويقال وله بفتح اللام يله بكسرها ووله بكسر اللام يوله بفتحها لغتان فصيحتان، ومعنى الحديث النهي عن أن يفرق بين المرأة وولدها فتجعل والهة. قاله جميعه في تهذيب الأسماء واللغات. قال ابن القطان عن صاحب الإشراف بعد ذكر هذا الحديث: أجمع أهل العلم على القول بهذا الخبر إذا كان الولد طفلا لم يبلغ سبع سنين، واختلفوا في وقت التفرقة.

فرع: ولا فرق في ذلك بين كون الأم مسلمة أو كافرة. قاله في المدونة. وسواء كان من زوج أو من زنا. قاله في العمدة. وقوله: "فقط" يعني أن المنع من التفرقة خاص بالأم . قال في المدونة: قال مالك: ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه متى شاء سيده وإنما ذلك في الأم خاصة. قال في التوضيح: واختار اللخمي منع التفرقة في الأب.

قلت: ظاهره أنه اختاره من نفسه وليس كذلك بل نقل عن غيره واختاره، ونصه: اختلف في التفرقة بين الأب وولده فقال مالك وابن القاسم لا بأس به، وذكر محمد عن بعض المدنيين منعه وهو أحسن قياسا على الأم وإن كانت [أعظم مَوْجِدةً[564]] فمعلوم أن الأب يدخل من ذلك ما يعظم عليه فيه المشقة ويقارب الأم وقد يكون بعض الآباء أشد، ولم يختلف المذهب في جواز التفرقة بين من سوى هذين من الأقارب كالأخ والجد والجدة والخالة والعمة فكلامه يدل على أن الخلاف في الأب في المذهب. والله أعلم.

الحديث 1 – عن أبي أيوب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة الترمذي في جامعه ، كتاب البيوع، رقم الحديث 1283، دار الكتب العلمية.

2– وهو لفظ الحاكم، كتاب البيوع، دار الفكر 1978، ج2 ص55.

3– مجمع الزوائد، ج4 ص110، مؤسسة المعارف، كنز العمال، ج9 ص75، رقم الحديث 25025، مؤسسة الرسالة.

4 – السنن الكبرى للبيهقي، النفقات، دار الفكر، ج8 ص5.

---

[562] *– في المطبوع ويحيى72 وسيد31 وأخرج وما بين المعقوفين من م144.

[563] – في المطبوع الحر وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[564] – في المطبوع مؤجرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 وسيد31 وم144 (ويحيى72 أعظم مودة).

نص خليل ....

متن الحطاب فرع: قال ابن فرحون في الألغاز: فإن قلت رجل له شاتان لا يجوز له [أن يبيع[565]] واحدة ويترك الأخرى. قلت: هذه شاة وابنتها صغيرة معها فلا يجوز التفريق بينهما فقد روى عيسى عن ابن القاسم في البهائم وأولادها مثل أولاد بني آدم. اهـ وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: والتفرقة جائزة في الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب، وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن حد التفرقة أن يستغني عن آبائه بالرعي. نقله التادلي والمغربي، وأظنه في العتبية ولا أتحققه، [و[566]]وقع للشيخ أبي بكر بن اللباد نحوه وذلك أن ابن يونس نقله [عنه[567]] في الراعي إذا استؤجر على رعاية غنم ولم يكن له عرف برعي الأولاد فإن على ربها أن يأتي براع معه للأولاد للتفرقة، وتأوله بعض شيوخنا بأن معناه أن التفرقة تعذيب لها فهو من النهي عن تعذيب الحيوان، وقال الفاكهاني: ظاهر الحديث يعم العقلاء وغيرهم، ولم أقف على نص في غير العقلاء، فمن وجده فليضمه إلى هذا الموضع راجيا ثواب الله.

[وذكره[568]] أبو الحسن الصغير في كتاب التجارة إلى أرض الحرب وفي كتاب التجارة في إجارة الراعي، وفي وثائق ابن سلمون: ولا يجوز أن يفرق بين الأمة وولدها الصغير في البيع بخلاف غيرها من الحيوان. اهـ وقول ابن ناجي: وتأوله بعض شيوخنا إلى آخر كلامه يشير به إلى قول ابن عرفة في الإجارة على رعاية الغنم بعد ذكر كلام ابن اللباد:

قلت: معناه أن/ التفرقة تعذيب لها فهو من النهي عن تعذيب الحيوان. اهـ والله أعلم. 371

ص: وإن بقسمة ش: يعني أنه لا يجوز التفرقة بين الأم وبين ولدها ولو كانت بالقسمة. قال في المدونة: وإذا ورث أخوان [أما وابنتها[569]] فلهما أن يبقياهما في ملكيهما أو يبيعاهما، وكذلك لو ابتاعهما رجلان معا بينهما. قال ابن يونس: حتى إذا أراد الأخوان القسمة أو البيع جبرا على أن يجمعا بينهما. ثم قال في المدونة: وسئل مالك عن أخوين ورثا أما وولدها صغير فأرادا أن يتقاوما الأم وولدها فيأخذ أحدهما الأم والآخر الولد وشرطا أن لا يفرقا بين الأم وولدها حتى يبلغ الولد فقال لا يجوز لهما ذلك وإن كان الأخوان في بيت واحد، وإنما يجوز لهما أن يتقاوما الأم وولدها فيأخذها أحدهما بولدها أو يبيعاهما جميعا.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: فإن وقع القسم فسخ كالبيع كان الشمل واحدا أو مفترقا.

فرع: قال في المدونة: وهبة الولد للثواب كبيعه في التفرقة.

فرع: في المدونة: ومن ابتاع أما وولدها صغير ثم وجد بأحدهما [عيبا[570]] فليس له رده خاصة، وله ردهما جميعا أو حبسهما جميعا بجميع الثمن.

الحديث ....

[565] – في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[566] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 وم144 ويحيى72 وسيد31.

[567] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 وم144 ويحيى73 وسيد31.

[568] – في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من سيد31 وم144.

[569] – في المطبوع ولدها ويحيى73 وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 وم144 وسيد31.

[570] *– في المطبوع عيب وما بين المعقوفين من م145 ويحيى73.

نص خليل وَإِنْ بِقِسْمَةٍ أَوْ بَيْعِ أَحَدِهِمَا لِعَبْدِ سَيِدِ الآخَرِ مَا لَمْ [يُثْغِرْ[571] نس] مُعْتَادًا وَصُدِّقَتِ الْمَسْبِيَّةُ وَلاَ تَوَارُثَ مَا لَمْ تَرْضَ وَفُسِخَ إن لَّمْ يَجْمَعَاهُمَا فِي مِلْكٍ.

متن الحطاب ص: أو بيع أحدهما لعبد سيد الآخر ش: يشير إلى قوله في المدونة: ولا ينبغي بيع الأم من رجل والولد من عبد مأذون لذلك الرجل؛ لأن ما بيد العبد ملك له حتى ينتزعه منه إذ لو رهنه دينا كان في ماله، فإن بيعا كذلك [أمرا[572]] بالجمع بينهما في ملك السيد أو العبد أو يبيعاهما معا [لمالك[573]] واحد، وإلا فسخ البيع. قال أبو الحسن: معنى لا ينبغي لا يجوز بدليل فسخه البيع. اهـ. وقوله: "مأذون" لا مفهوم له. قال اللخمي: وإن كانت الأمة لرجل وولدها لعبده أجبرا على جمعهما في ملك واحد أو يبيعاهما من رجل واحد؛ لأن العبد ملك إن عتق تبعه ماله، وعلى قول مطرف وابن الماجشون يجوز أن يجمعاهما في حوز؛ لأن الشمل واحد. اهـ.

فرع: وكذلك لا يجوز أن تكون الأمة لرجل وولدها لولده الصغير. قاله أبو الحسن الصغير.

ص: ما لم يثغر معتادا ش: يعني أن حد المنع من التفرقة بين الأم وولدها [الإثغار[574]] في الوقت المعتاد. قال في المدونة: وإذا بيعت أمة مسلمة أو كافرة لم يفرق بينها وبين ولدها في البيع إلى أن يستغني الولد عنها في أكله وشرابه ومنامه وقيامه. قال مالك: وحد ذلك الإثغار ما لم يعجل به جواري كن أو غلمانا بخلاف حضانة الحرة، وقال الليث حد ذلك أن ينفع نفسه ويستغني عن أمه فوق عشر سنين أو نحو ذلك. اهـ. وروي عن ابن حبيب أن ذلك يتحدد بسبع سنين، وعن ابن وهب عشر سنين، وروى ابن غانم عن مالك أن ذلك ينتهي إلى البلوغ، وعن ابن عبد الحكم لا يفرق بينهما ما عاشا.

ص: وصدقت المسبية ش: قال في المدونة: وإذا قالت المرأة من السبي هذا ابني لم يفرق بينهما. قال ابن محرز: قال في الكتاب وإذا زعمت أن هؤلاء الصبيان [ولدها[575]] لم يفرق بينها وبينهم. قال يحيى بن عمر: وإذا كبر الأولاد منعوا من أن يخلوا بها لأنهم لا يكونون محرما لها. ابن محرز: وهذا كما قال وإنما صدقت فيما لا تثبت حرمة بينها وبينهم ألا ترى أنها لو قالت هذا زوجي أو قال هي زوجتي لم يصدقا لما يتعلق بهما من الحرم. اهـ.

ص: ولا توارث ش: قال في المدونة إثر كلامه السابق: ولا يتوارثان بذلك. ابن يونس: لأنه لا ميراث بالشك. قال أبو الحسن الصغير: أما أنها لا ترثه فبين، إذ لا يتوصل إلى صدقهما، وأما إنه لا [يرثها[576]] فهذا غير جار على الإطلاق، [بل[577]] أن المقر بوارث يورث إذا لم يكن هناك

الحديث ....

---

[571] نس – يَثْغِر نسخة.يثّغر نسخة.

[572] – في المطبوع أمر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 31 وم 145 ويحيى73.

[573] *- في المطبوع وسيد31 لملك وما بين المعقوفين من م145 ويحيى73.

[574] *-في المطبوع أمر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد31 وم 145 ويحيى73.

[575] *- في يحيى73 وم145 أولادها.

[576] – في المطبوع يرثه وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 وم145 وسيد31 ويحيى73.

[577] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 وم145 ويحيى73 وسيد31.

نص خليل

وَهَلْ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَذَلِكَ أَوْ يُكْتَفَى بِحَوْزٍ كَالْعِتْقِ تَأْوِيلَانِ وَجَازَ بَيْعُ نِصْفِهِمَا وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا لِلْعِتْقِ [وَالْوَلَدِ[578] س] مَعَ كِتَابَةِ أُمِّهِ وَلِمُعَاهِدٍ التَّفْرِقَةُ وَكُرِهَ الِاشْتِرَاءُ مِنْهُ وَكَبَيْعٍ وَشَرْطٍ يُنَاقِضُ الْمَقْصُودَ كَأَن لَا يَبِيعَ.

متن الحطاب

نسب معروف، وإنما نفى في الكتاب الميراث من [الطرفين[579]]. اهـ.

372 ص: **وهل بغير عوض كذلك أو يكتفي بحوز كالعتق تأويلان** ش: قال أبو الحسن الصغير:/ تحصيل المسألة أن تقول إن كانت التفرقة بالبيع فلا بد من الجمع بينهما في ملك، وإن كانت التفرقة بينهما

373 بالعتق فلا بد من الجمع بينهما في حوز وذلك يكفي، وإن كان بهبة أو صدقة ففيه الخلاف. اهـ. وقال اللخمي في تبصرته: إذا أعتق أحدهما جاز بيع الآخر ويجمعانهما في حوز، فإن أعتق الولد لم يكن له أن يخرجه عن أمه، وإن باعها شرط على المشتري كونه معها أو عندها، وإن سافر بالأم سافر به معها، ويكون الكراء على المشتري، ويشترط عليه حين البيع نفقته. ثم قال: وإن أعتق الأم وأخرجها عن حوزه ترك الولد في حضانتها إن كان لا خدمة له، وإن كان له خدمة كان مبيته عندها ويأوي إليها في نهاره في وقت لا يحتاجه السيد للخدمة، وإن باعه شرط على المشتري كونه عندها، وللمشتري أن يسافر وتتبعه الأم حيث كان. اهـ.

ص: **وجاز بيع أحدهما للعتق** ش: قال في الكبير: قال ابن بطال في قوله لا بأس ببيع الأمة دون الولد والولد دونها للعتق معناه على أنها حرة، وقال بعض الشيوخ لتعتق. أبو الحسن: معنى قول ابن بطال إنها حرة حينئذ من غير إحداث عتق، ومعنى قول غيره أي على إيجاب العتق. اهـ.

قلت: وعلى كلا الوجهين فإنه يجبر على العتق، لكن الأول أقوى من الثاني. والله أعلم.

373 ص: **وكبيع وشرط يناقض المقصود** ش: يعني/ أن من البيوع المنهي عنها البيع والشرط فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط. قال ابن عرفة: لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق، وحمله أهل المذهب على وجهين أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن، فأما

الحديث

[1] – حدثنا عبد الله بن أيوب القربي قال حدثنا محمد بن سليمان الذهلي قال حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فسألت أبا حنيفة قلت ما تقول في رجل باع بيعا وشرط شرطا قال البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم علي في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال لا أدري ما قالا حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال لا أدري ما قالاحدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة فأعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حملانه إلى المدينة البيع جائز والشرط جائز، المعجم الاوسط، للطبراني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1999، رقم الحديث 4361.

---

[578] س – قوله والولد جره أرجح من رفعه كما يوخذ من العدوي والدسوقي وغيرهما.

[579] – في المطبوع الطريقين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 145 ويحيى 72 وسيد 31.

نص خليل ....

متن الحطاب الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم معه المقصود من البيع مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلا كقوله على أن لا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان، وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز. قال اللخمي: وإن باعه على أن لا يبيعه من فلان وحده جاز، وإن قال على أن لا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان كان فاسدا. ثم قال: وإن قال على أن لا تبيع من هؤلاء النفر جاز. اهـ. فقيد به إطلاق المصنف.

فرع: قال في المنتخب لابن أبي زمنين: وفي سماع علي بن زياد سئل مالك عن رجل باع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن قال: لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. اهـ . ومن الشروط المناقضة بيع الثنيا وهو من البيوع الفاسدة. قال في كتاب بيوع الآجال من المدونة: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك؛ لأنه بيع وسلف. قال سحنون: بل سلف جر منفعة. اهـ. قال أبو الحسن: هذا الذي يسمى بيع الثنيا، واختلف إذا نزل هل يتلافى بالصحة كالبيع والسلف أم لا؟ على قولين. اهـ. يعني إذا أسقط الشرط . قال الرجراجي: واختلف إذا أسقط مشترط الثنيا شرطه هل يجوز البيع أم لا؟ على قولين: أحدهما أن البيع باطل والشرط باطل وهو المشهور، والثاني أن البيع جائز إذا أسقط شرطه وهو قول مالك في كتاب محمد يريد إذا رضي المشتري. وقال الشيخ أبو محمد: وقد فسخا الأول. اهـ.

وقال أبو الحسن: معنى قوله في المدونة: "بيع وسلف" أنه تارة يكون بيعا، وتارة يكون سلفا لا أنه يكون له حكم البيع والسلف في الفوات بل فيه القيمة ما بلغت إذا فاتت السلعة. اهـ. وقال في معين الحكام قبل فصل الخيار بيسير: ولا يجوز بيع الثنيا وهو أن يقول أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى ما أتيتك فالبيع مصروف عني، ويفسخ ذلك ما لم يفت بيد المبتاع فيلزمه القيمة يوم قبضه وفوت الأصل لا يكون إلا بالبناء والهدم والغرس ونحو ذلك، هذا هو المشهور من المذهب والبناء والغرس في ذلك على ثلاثة أوجه: إن كان في وجه الربع ومعظمه فذلك فوت، وإن كان في أقله وأتفهه فليس بفوت ويرد الجميع، وإن كان في ناحية منها ولها قدر فاتت الناحية بقيمتها ورد الباقي. اهـ.

فرع: واختلف في الغلة في هذا البيع هل هي للمشتري أو للبائع؟ قال الرجراجي: اختلف في بيع الثنيا هل هو بيع أو رهن؟ على قولين، وفائدة الخلاف في الغلة فمن رأى أنه بيع قال لا يرد الغلة، وقد قال مالك في العتبية إن الغلة فيه للمشتري بالضمان فجعله بيعا وأنه ضامن والغلة له، ومن رأى أنه رهن قال يرد الغلة وأنه في ضمان البائع في كل بيع ونقص يطرأ عليه من غير سبب المشتري، وما كان من سبب المشتري فهو ضامن له وحكمه حكم الرهان في سائر أحكامها فيما يغاب عليه. اهـ. والراجح أنها للمشتري كما نقله ابن رشد في المسألة العاشرة من سماع أشهب من جامع البيوع ومن سماع أصبغ،/ ونقله في المعين وابن سلمون وأبو الحسن وغيرهم. قال في معين الحكام: تنبيه: وللمبتاع ما اغتل في الملك قبل الفسخ إلا أن يكون في الأصول ثمر مأبور واشترطه المبتاع فإنه يرده مع الأصول إن كان حاضرا أو مكيلة إن علمها وجذه يابسا والقيمة إن جهل المكيلة أو جذه رطبا. اهـ. 374

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب وهذا كله –والله أعلم– فيما إذا قبض المشتري المبيع واستغله، وأما ما يقع في عصرنا هذا –وهو مما عمت به البلوى– من أن الشخص يشتري البيت مثلا بألف دينار ثم يؤجره بمائة دينار لبائعه قبل [أن يقبضه[580]] المشتري وقبل أن يخليه البائع من أمتعته بل يستمر البائع على سكناه إياه إن كان [محل[581]] سكناه أو على وضع يده عليه [وإجارته[582]] ويأخذ المشتري منه كل سنة أجرة مسماة يتفقان عليها فهذا لا يجوز بلا خلاف لعدم انتقال الضمان إليه والخراج بالضمان، وهنا لم ينتقل الضمان لبقاء المبيع تحت يد بائعه فلا يحكم له بالغلة، بل ولو قبض المشتري المبيع ثم أجره للبائع على الوجه المتقدم لم يجز؛ لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الآجال وآل الحال إلى صريح الربا، وهذا واضح لمن تدبره وأنصف. والله أعلم.

تنبيه: قال في المتيطية: وإن علم أن أصل الشراء كان رهنا وإنما عقدا فيه البيع لتسقط الحيازة فيه وثبت ذلك بإقرارهما عند الشهود حين الصفقة أو بعدها وقبض المبتاع الملك واغتله ثم عثر على فساده فإنه يفسخ ويرد الأصل مع الغلة إلى صاحبه، ويسترجع المبتاع ثمنه. اهـ.

تنبيه: قال في معين الحكام: مسألة: ويجوز للمشتري أن يتطوع للبائع بعد عقد البيع أنه إن جاءه بالثمن إلى أجل كذا فالبيع لازم له ويلزم ذلك المشتري متى ما جاءه بالثمن في خلال الأجل [أو عند[583]] انقضائه أو بعده على القرب منه ولا يكون للبائع تفويته في خلال الأجل، فإن فعل ببيع أو هبة أو شبه ذلك نقض إن أراده البائع ورد إليه، وإن لم يأت بالثمن إلا على بعد من انقضاء الأجل فلا سبيل له إليه، وإن لم يضربا في ذلك أجلا فللبائع أخذه متى جاءه بالثمن في قرب الزمان أو بعده ما لم يفوته المبتاع، فإن أفاته فلا سبيل له إليه، فإن قام عليه حين أراد التفويت فله منعه بالسلطان إذا كان ماله حاضرا فإن باعه بعد منع السلطان [فله[584]] رد البيع، وإن باعه قبل أن يمنعه السلطان نفذ بيعه .اهـ. [وهو[585]] مختصر من كلام المتيطية، ونحوه لابن سلمون، وزاد بعد قوله إن جاءه بالثمن في الأجل أو ما قرب منه، والقرب في ذلك اليوم ونحوه، وأصل المسألة في نوازل أصبغ من جامع البيوع.

فرع: فإن ادعى أحدهما أن هذا الطوع كان شرطا في أصل العقد وأكذبه الآخر فالقول قول مدعي الطوع مع يمينه ويعقد البيع. قاله ابن العطار. اهـ من معين الحكام. ونقله ابن عرفة عن ابن فتوح، ونقله ابن سلمون عمن ذكر وغيرهم. والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع أشهب وسماع أصبغ من جامع البيوع، وانظر كتاب البيوع الفاسدة والمقدمات، وقد أشبعت الكلام على مسألة بيع الثنيا وما يتعلق بها من الفروع في التأليف الذي سميته تحرير الكلام في مسائل الالتزام، فمن أراد الشفاء في ذلك فليراجعه. والله أعلم.

الحديث ....

580 – في المطبوع يقضيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 146 ويحيى 74 وسيد 32 .
581 – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 وم146 ويحيى74 وسيد32.
582 *– في المطبوع وإجازته وما بين المعقوفين من م146 ويحيى74 وسيد32.
583 – في المطبوع وعند وما بين المعقوفين من يحيى74.
584 – في المطبوع له وما بين المعقوفين من يحيى74 .
585 – في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 وم146 ويحيى74 وسيد32.

نص خليل إلاَّ [بِتَنْجِيزِ[586] نس] الْعِتْقِ وَلَمْ يُجْبَرْ إنْ أَبْهَمَ كَالْمُخَيَّرِ بِخِلَافِ الِاشْتِرَاءِ عَلَى إيجَابِ الْعِتْقِ كَأَنَّهَا حُرَّةٌ بِالشِّرَاءِ أَوْ يُخِلُّ بِالثَّمَنِ كَبَيْعٍ وَسَلَفٍ.

متن الحطاب **فرع:** قال البرزلي في مسائل الضرر عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداهما وشرط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بين الدارين [شيئا[587]] مخافة أن يظلم عليه داره ويمنعه من دخول الشمس عليه فيها، فالتزمه أن البيع [جائز والشرط لازم. اهـ. انظر أحكام ابن سهل فإنه ذكر فيها خلافا، واختار ابن عتاب أن البيع[588]] مع عدم الفوات يخير فيه المشترط بين إسقاطه فيصح البيع أو الفسخ إن تمسك به. انظره في أوائل البيع، وذكرها في مختصر المتيطية قبل باب بيع الأرض بزرعها والشجرة بثمرها. والله أعلم.

ص: **إلا بتنجيز العتق** ش: يعني أنه يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تنجيز العتق فإنه جائز؛ لحديث بريرة[1]، وقال في المدونة: لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر، واحترز بالتنجيز من التدبير والعتق إلى أجل وأن تتخذ الأمة أم ولد فإن ذلك لا يجوز. قال في/ 375 البيوع الفاسدة من المدونة: للغرر بموت السيد أو الأمة قبل ذلك، ولحدوث دين يرد [المدبر،[589]] فإن فاتت المشترط فيها أن تتخذ أم ولد بولد أو عتق أو فاتت المشترط فيها العتق أو التدبير بذلك أو بغيره فللبائع الأكثر من قيمتها يوم قبضها المبتاع أو الثمن. اهـ.

فرع: والظاهر أن اشتراط التحبيس كاشتراط تنجيز العتق، وفي رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب الجهاد ما يدل على ذلك. والله أعلم.

ص: **ولم يجبر إن أبهم كالمخير بخلاف الاشتراء على إيجاب العتق كإنها حرة بالشراء** ش: يعني أن لشرط العتق أربعة أوجه: الأول أن يبيعه على أنه حر بالشراء. الثاني أن يبيعه بشرط أن يعتقه ويوجب ذلك على نفسه ويلتزمه. الثالث أن يبيعه على أن المشتري بالخيار بين أن يعتقه أو لا. الرابع أن يقع الأمر مبهما والبيع صحيح في الأربعة [الأوجه.[590]] قاله اللخمي. قال: وإنما يفترق الجواب في صفة وقوع العقد وفي شرط النقد ففي الوجه الأول وهو ما إذا اشتراه على أنه حر بنفس العقد، وفي الثاني وهو ما إذا اشتراه على أن يعتقه وأوجب ذلك على نفسه يجبر على عتقه، فإن أبى [أعتقه[591]] الحاكم وفي الوجه الثالث البيع جائز إلا أن يشترط النقد فلا يجوز للغرر؛ لأنه

الحديث [1] – عن عائشة رضي الله عنها قالت اشتريت بريرة فاشترط أهلها ولاءها فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال أعتقيها فإن الولاء لمن أعطى الورق فأعتقتُها فدعاها النبي صلى الله عليه وسلم فخيرها من زوجها فقالت لو أعطاني كذا وكذا ما ثبتُّ عنده فاختارت نفسها، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب العتق، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2536.

---

[586] نس – إلا تنجيز العتق نسخة.

[587] *- وردت في يحيى74 وم146 وسيد32 وسقطت من المطبوع.

[588] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 وم146 ويحيى74 وسيد32.

[589] – في المطبوع الدبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص375 وم146 ويحيى74 وسيد32.

[590] *- في المطبوع أوجه وما بين المعقوفين من م146 ويحيى75 وسيد32.

[591] *- في المطبوع عتقه وما بين المعقوفين من م146 ويحيى75 وسيد32.

نص خليل

وَصَحَّ إِنْ حُذِفَ أَوْ حُذِفَ شَرْطُ [التَّدْبيرِ[592] نس] كَشَرْطِ رَهْن وَحَمِيلٍ وَأَجَلٍ وَلَوْ غَابَ وَتُؤُوِّلَتْ بِخِلَافِهِ وَفِيهِ إِنْ فَاتَ أَكْثَرُ الثمَنِ [أَوِ[593] نس] الْقِيمَةِ إِنْ أَسْلَفَ الْمُشْتَرِي.

متن الحطاب

تارة بيع وتارة سلف وللمشتري الخيار [في العتق[594]] وعدمه، فإن أعتقه تم البيع، وإن أبى كان للبائع أن يترك شرطه ويتم البيع أو يرد البيع، واختلف في الوجه الرابع هل حكمه حكم الأولين وهو قول أشهب، أو حكم الثالث وهو قول ابن القاسم؟ وعليه مشى المصنف.

تنبيه: قال اللخمي: والصدقة والهبة كالعتق فإن باعه على أنه صدقة لفلان أو على أن يتصدق به عليه والتزم المشتري ذلك جاز العقد [والنقد وإن كان المشتري بالخيار في انفاذ الصدقة جاز العقد[595]] دون النقد، ويختلف إذا أطلق ولم يقيده بالتزام ولا بخيار فقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن باع من امرأته خادما بشرط أن تتصدق بها على ولده ذلك جائز، ولا [تلزمها[596]] الصدقة بحكم، والبائع بالخيار إن هي لم تتصدق بها إن شاء أجاز البيع على ذلك وإن شاء رد، وعلى قول أشهب وسحنون يلزمها ذلك من غير خيار. اهـ.

ص: **وصح إن حذف** ش: أي وصح البيع إن أسقط السلف مشترطه. قال في التوضيح: وظاهر إطلاقاتهم وإطلاق المصنف -يعني ابن الحاجب- أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها، لكن ذكر المازري أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد مشتريها؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده، وذكر المازري أن بعض الأشياخ قال بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه وتركته خوف الإطالة. اهـ كلام التوضيح. وذكر في الشامل كلام المازري، وهو مراد المصنف بقوله: "وفيه إن فات أكثر الثمن الخ".

ص: **أو حذف شرط التدبير** ش: يريد وكذلك شرط يناقض. قال ابن عرفة عن ابن رشد: إلا إذا اشترط الخيار لأمد بعيد فلا بد من فسخه؛ لاحتمال أن ذلك الإسقاط إمضاء، ومسألة ثانية وهي ما إذا باع أمة على أن لا يطأها المبتاع فإن فعل فهي حرة أو عليه كذا فيفسخ على كل حال؛ لأن هذا يمين.

376 ص: **كشرط رهن وحميل** ش: قال في البيوع الفاسدة منها: وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن/ لم تصفاه جاز وعليه الثقة ورهن وحميل، وإن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليك إن امتنع، وليس هذا من الرهن الذي لم يقبض، وكذلك إن تكفلت به على أن يعطيك عبده رهنا، فإن امتنع من دفعه إليك أجبر. اهـ. قال اللخمي في كتاب الرهن: البيع على [رهن غير[597]] معين جائز، وعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد، والعادة في الخواص أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلي وما لا يغاب عليه كالدور وما أشبهها، وليس العادة العبيد والدواب، وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصدقا في تلفه؛ لأن في حفظه مشقة وكلفة، وإن أحب أن يعطي الثياب وامتنع المرتهن؛ لأن فيه

الحديث

....

---

592 نس – كالتدبير نسخة.
593 نس – والقيمة نسخة.
594 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص375 وم146 ويحيى75 وسيد32.
595 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص375 وم146 ويحيى75 وسيد32.
596 – في المطبوع يلزمها وما بين المعقوفين من سيد32 وم146.
597 – في المطبوع غير رهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وم146 ويحيى75 وسيد32.

نص خليل ....

متن الحطاب الضمان، [أو[598]] أحب الراهن أن يعطي دارا [وامتنع[599]] المرتهن وأحب ما [يبيت[600]] تحت غلقه كان القول قول الراهن؛ لأن [كل[601]] ذلك يرهن، وإنما له ما فيه وثيقة من حق إلا أن يشترط صنفا [فيوفى[602]] له به، وإن كان الدين عينا مؤجلا كان عليه أن يعطيه ما فيه وفاء بعدده لو حل، وإن كان سلما طعاما أو زيتا أو عروضا كان عليه أن يعطيه ما يرى أنه يشتري به مثل ذلك السلم إذا حل في الغالب، وليس للمسلم إليه أن يعطي بقدر رأس مال المسلم، ولا للمسلم أن يقول أعطي بقدر ما يسوي المسلم على غلائه قبل الإبان. انتهى.

قال ابن عرفة في البيع على شرط رهن أو حميل: ويجوز عليهما أو على أحدهما مضمومتين فيها وإن لم يصفاه [وعليه الثقة من رهن وحميل. قلت: اطلقوه ويجب تقييده بكونه يغاب عليه أم لا، وهو ظاهر لم يصفاه[603]] دون لم يسمياه. اهـ. وما قاله من التقييد خلاف ظاهر إطلاقها وصريح كلام اللخمي، وقال أبو الحسن الصغير إثر كلام المدونة المتقدم: ظاهره أعطاه رهنا يغاب عليه أم لا ولا حجة للبائع أن يقول لا آخذ ما يغاب عليه خوف الضمان. اهـ. وقال ابن الحاجب في باب الرهن: [ويخير[604]] البائع [وشبهه[605]] [في الفسخ[606]] في غير معين.

[قال[607]] في التوضيح: [يعني[608]] من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهنا به فإن كان الرهن المشترط غير معين وأبى المشتري من دفعه خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه، وهكذا قال ابن الجلاب مقتصرا عليه، والذي نقله ابن المواز عن أشهب، ونقله اللخمي وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين. ابن عبد السلام: وهو المذهب. اهـ. وكأنه رحمه الله لم يقف على نص المدونة المتقدم.

تنبيه: قال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "ولا يتم إلا بالحيازة": فهم من هذا أن الرهن لا يكون إلا مما يعرف بعينه، وأن يكون معينا، فلو عقد على غير معين خير البائع بين إمضاء البيع بلا رهن أو فسخه. اهـ. وهذا مخالف لنص المدونة وغيرها فتأمله. والله أعلم.

فروع: الأول: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإن بعت منه سلعة إلى أجل على أن تأخذ به رهنا ثقة من حقك فلم تجد عنده رهنا فلك نقض البيع وأخذ سلعتك أو تركه بلا رهن.

الحديث ....

[598] – في المطبوع ان وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وم146 ويحيى75 وسيد32.

[599] – في المطبوع أو امتنع وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وم146 ويحيى75 وسيد32.

[600] – في المطبوع ما تبين وفي النسخ ما يبين وما بين المعقوفين من تصويبات الشيخ محمد سالم .

[601] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وم146 ويحيى75 وسيد32.

[602] – في المطبوع فيؤتى وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وم146 ويحيى75 وسيد32.

[603] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 وسيد32 (وفي يحيى75 قلت أطلقوه ويجب بكونه يغاب عليه أم لا وهو ظاهر قوله إن لم يصفاه دون لم يسمياه).

[604] *– في المطبوع ويجبر وما بين المعقوفين من م147 ويحيى75 وسيد32.

[605] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم .

[606] *– وردت في التوضيح ص664 ج2 ولم ترد في المطبوع ولا م ولا يحيى ولا سيد.

[607] *– سقطت من المطبوع ووردت في م147 ويحيى75 وسيد32.

[608] *– في المطبوع تعني وما بين المعقوفين من م147 ويحيى75 وسيد32.

نص خليل ....

متن الحطاب

الثاني: فإن هلك هذا الرهن المضمون بعد قبضه. قال ابن عرفة: ولو هلك الرهن بعد قبضه أو مات الحميل بعد أخذه ففي لزوم بدلهما كالراحلة المضمونة تهلك بعد قبضها قولا ابن مناس وبعض الفقهاء. اهـ. وفي بعض النسخ ابن شاس وهو تصحيف، قال ابن يونس: إنما ذكر الخلاف في ذلك عن ابن مناس وبعض الفقهاء، وقول ابن مناس هو قول سحنون أيضا كما سيأتي في كلام اللخمي، وهو ظاهر ما وقع له في سماعه من الرهون.

الثالث: قال ابن عرفة: ولو ادعى المشتري العجز عن الرهن والحميل ففي سجنه لذلك الحميل لا للرهن أو فيهما، ثالثها إن رأى أنه يقدر عليهما سجن، وإن رأى أنه عاجز لم يسجن لابن مناس مع ابن شبلون وابن محرز عن المذاكرين، محتجين بأن تهمته في الرهن أقوى ولتسوية المدونة فيهما واختياره. اهـ. ونقل البرزلي عن ابن الحاج مثل ما لابن مناس، ونصه في أوائل مسائل البيوع: مسألة: قال ابن الحاج: إذا باعه إلى أجل [على إن[609]] أعطاه حميلا سجن المشتري إن لم يأت به للأجل، بخلاف الرهن فإنه يقدر على معرفة ذمته بالسؤال، ولا يقدر على معرفة من يتحمل له ذلك. اهـ. ونقله أبو الحسن في أواخر البيوع/ الفاسدة عن ابن يونس عن أبي موسى بن مناس. والله أعلم.

377

الرابع: إذا كان الرهن معينا ثم استحق فمذهب ابن القاسم أنه إن كان غره خير البائع في إمضائه البيع أو رده وأخذ سلعته إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، سواء قبض المرتهن الرهن أم لا، وسواء طاع المشتري برهن آخر أم لا، وإن كان لم يغره فإن كان لم يقبض الرهن فحكمه كما تقدم، وإن قبضه فلا مقال له. قاله اللخمي في كتاب الرهون وذكر فيها أقوالا غير هذا، ونقله ابن عرفة في الكلام على البيع والشرط . قال اللخمي: والمشهور أن الفوات هنا يكون بحوالة الأسواق. والله أعلم.

الخامس: قال اللخمي: وأما إن كان الرهن غير معين فأتى الراهن برهن ورضيه المرتهن فلم يقبضه حتى استحق جبر الراهن على أن يأتي بغيره، واختلف إذا استحق بعد القبض فقال سحنون عليه أن يخلفه وهو كموته، وقيل لا يخلفه والأول أصوب؛ لأن المرتهن رهن في الذمة فإذا أعطاه مال غيره بقي الرهن على حاله في الذمة [والغرور*] في المضمون وغيره سواء. اهـ. يعني أن الحكم واحد، سواء غر الراهن المرتهن أم لم يغره. والله أعلم. ويؤخذ من قوله: "كموته" أن سحنونا يقول إذا مات الرهن المضمون بعد قبضه يخلفه بغيره كما تقدم في كلام ابن عرفة. نقله [عن[610]] ابن مناس، فكأنه لم يقف على كلام سحنون فيرجح القول بأن عليه بدله. والله أعلم.

السادس: فإن هلك الرهن المعين بعد قبضه قال في أواخر البيوع الفاسدة: فلا يكون لك سواه ولا رد البيع ولا استعجال الثمن؛ لأن هذا بيع قديم عقده قبل هلاك الرهن. اهـ. قال اللخمي في البيوع الفاسدة، وكذلك إن هلك قبل قبضه وبعد أن أمكنه منه، ويختلف إذا هلك قبل أن يمكنه منه قياسا على البيع، فعلى القول إن مصيبته من البائع يكون له أن لا يسلم سلعته إلا أن يشاء أو يتراضيا على

الحديث ....

[609] – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص377 وم147 ويحيى76 وسيد32.

*– في يحيى76 والغرر.

[610] – ساقطة من المطبوع ووردت في سيد32 .

نص خليل

وَإِلاَّ فَالْعَكْسُ [وَكَالنَّجْشِ[611] نس] يَزِيدُ لِيَغُرَّ [وَإِنْ[612] نس] عَلِمَ فَلِلْمُشْتَرِي رَدُّهُ وَإِنْ فَاتَ فَالْقِيمَةُ وَجَازَ سُؤَالُ الْبَعْضِ لِيَكُفَّ عَنِ الزِّيَادَةِ لاَ الْجَمِيعِ.

متن الحطاب

رهن آخر، وعلى القول أن مصيبته من المشتري سقط [مقال[613]] البائع في الرهن ويكون بمنزلة ما لو قبضه. اهـ. قال ابن عرفة: اللخمي: وكذلك لو هلك قبل قبضه بعد إمكانه منه ابن محرز ليس التمكين من قبض الرهن كقبضه بخلاف المبيع. اللخمي: ويختلف إن هلك قبل أن يمكنه منه كالمبيع.
قلت: يرد شرطية الحوز في الرهن بخلاف المبيع. اهـ. والعجب من اللخمي كيف يقيسه على المبيع ومذهب المدونة في المبيع أن مصيبته من المشتري بالعقد كما عزاه ابن عرفة للمدونة، وهو ظاهر كلامها في كتاب العيوب.
وصرح في أواخر البيوع الفاسدة بأن الرهن إذا هلك قبل القبض كان للبائع رده إن شاء، والعجب من ابن عرفة في عدم رده عليه بنصها، ونصه: وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده الغائب جاز كما لو بعتها به، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض العبد الرهن الغائب، وإن هلك في غيبته فليس للمبتاع أن يرهنك سواه ليلزمك البيع ولك رده إلا أن تشاء، كما ليس له أن يبدل رهنك بغيره، ولأنك إنما بعته على أن يسلم إليك رهنا بعينه فهو ما لم يصل إليك لم يكن رهنا وأنت مخير؛ إذ لو فلس صاحب العبد الرهن والعبد غائب لم يكن لك قبضه ولا تكون أحق به، وتكون أسوة الغرماء لأنه رهن غير مقبوض، فأما إن هلك الرهن بعد قبضه فلا يكون لك سواه ولا رد البيع ولا استعجال الثمن؛ لأن هذا بيع قد تم عقده قبل هلاك الرهن. اهـ. وكلامه وتعليله [يؤيد[614]] ما قاله ابن محرز من أن التمكين في الرهن ليس كالتمكين في البيع. والله أعلم.
السابع: لو استحق نصف الرهن بقي الباقي رهنا بالجميع. قاله [ابن رشد[615]]، وهو في كتاب الرهون من المدونة، وسيصرح به المصنف في باب الرهن. والله أعلم.
الثامن: قال في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق: ولا يجوز أن يباع شيء من الحيوان والعروض التي لا يجوز تأخير قبضها على أن تبقي في يد البائع رهنا إلى أجل لا يجوز أن يتأخر قبضها إليه، وكأنه بيع فاسد. اهـ.
ص: **وإلا فالعكس** ش: يعني إذا كان السلف من البائع ففيه/ الأقل من القيمة أو الثمن وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يغب المشتري على السلف مدة يرى أنها القدر الذي أراد الانتفاع بالسلف [فإن كان ذلك كانت فيه القيمة[616]] بالغة ما بلغت كما يؤخذ من كلام ابن رشد الآتي في شرح قول المصنف في فصل العينة: "وله أقل من جعل مثله أو الدرهمين". 378
ص: **فإن فات فالقيمة** ش: هذا نحو قوله في التوضيح، ثم ذكر المصنف بعد الوقوع قولين، المشهور أن البيع لا يفسخ، والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك بالمبيع على ثمنه في النجش، أو يرد هذا في قيام السلعة، وأما في فواتها فعليه القيمة، وكأنه أتلفها ما لم يزد على الثمن الذي رضي به البائع وهو ثمن النجش، وينبغي أن [يتم[617]] هذا القول وما لم ينقص عن الثمن الذي كان قبل النجش.
ص: **وكبيع حاضر لعمودي** ش: قال الأبي في شرح مسلم في باب تحريم نكاح المحرم من كتاب

الحديث

....

[611] نس – تسكين جيم النجش أرجح من فتحها كما يتحصل من كلامهم.
[612] نس – فإن نسخة.
[613] * – في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من م147 ويحيى76 وسيد32.
[614] – في المطبوع يرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص377 وم147 ويحيى76 وسيد32.
[615] – في المطبوع ابن راشد وما بين المعقوفين من م147.
[616] – في المطبوع فإن ذلك كانت منه وما بين المعقوفين من م147 وسيد33.
[617] – في المطبوع يتهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص378 (وفي م147 ويحيى76 وسيد33 يتمم).

نص خليل

وَكَبَيْعِ حَاضِرٍ لِعَمُودِيٍّ وَلَوْ بِإِرْسَالِهِ لَهُ وَهَلْ لِقَرَوِيٍّ قَوْلاَنِ وَفُسِخَ وَأُدِّبَ وَجَازَ الشِّرَاءُ لَهُ وَكَتَلَقِّي السِّلَعِ أَوْ صَاحِبِهَا كَأَخْذِهَا فِي الْبَلَدِ بِصِفَةٍ وَلاَ يُفْسَخُ.

متن الحطاب

النكاح: ليس من بيع الحاضر للبادي بيع الدلال [اليوم؛ لأن الدلال[618]] إنما هو [لإشهار[619]] السلعة فقط، والعقد عليها إنما هو لربها، وبيع الحاضر إنما هو أن يتولى الحاضر العقد أو يقف مع رب السلعة ليزهده في البيع، ويعلمه أن السلعة لم تبلغ ثمنها ونحو ذلك، والدلال على العكس لأن له رغبة في البيع، وكذلك ليس من بيع الحاضر أن يبعث البدوي سلعة ليبيعها له الحاضر. اهـ . وانظر هذا الذي ذكره مع قوله في الحديث: {لا تكن له سمسارا[1]}.

ص: **وهل لقروي قولان** ش: يظهر من كلام الشارح ترجيح القول بجواز ذلك ونصه: وكبيع حاضر لباد عمودي خاصة، وقيل وقروي، وقيل كل وارد على محل ولو مدنيا، وقيد بمن يجهل السعر ولو بعثه مع رسول فكذلك على الأصح. اهـ.

ص: **وفسخ وأدب** ش: قال في الشامل إثر الكلام المتقدم: وفسخ إن وقع على الأظهر فيهما. اهـ أي فيما إذا باع الحاضر للبادي وفيما إذا باع لرسوله. ثم قال إثر كلامه المذكور: فإن فات فلا شيء عليه سوى الأدب وقيد بمن اعتاد ذلك وقيل يزجر فقط. اهـ .

379 ص: **وكتلقي السلع** ش: قال ابن رشد في رسم حلف من سماع ابن القاسم من/ الضحايا: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق[2]، فلا يجوز للرجل أن يخرج من الحاضرة إلى الجلائب التي تساق إليها فيشتري منها ضحايا ولا ما يؤكل ولا [للتجارة[620]]. انتهى.

ص: **أو صاحبها كأخذها في البلد بصفة** ش: قال في التوضيح: لو ورد خبر السلعة فاشتراها شخص على الصفة فقال مالك [هو[621]] من التلقي ولو كان الأمر بالعكس فوصلت السلعة ولم يصل بائعها فتلقاه رجل فاشتراها منه فقال الباجي لم أر فيه نصا، وهو عندي من التلقي.اهـ. والأولى هي التي أشار إليها المؤلف بقوله: "كأخذها في البلد بصفة" وأشار إلى الثانية بقوله: "أو صاحبها". والله أعلم.

ص: **ولا يفسخ** ش: هذا هو المشهور، وقيل يفسخ.

فرع: قال في الشامل: [وعلى الامضاء[622]] فهل يختص بها أو [يعرضها[623]] على طالبها

الحديث

[1] – عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد قال قلت لابن عباس ما قوله لا يبع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2158.
– ولفظ مسلم لا يكن له سمسارا، صحيح مسلم، كتاب البيوع، رقم الحديث 1521.

[2] – عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2165.

[618] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص378 ويحيى76 وسيد33 (وم147 اليوم لأن الدلالة).
[619] – في المطبوع وسيد33 لاشتهار وما بين المعقوفين من يحيى76 وم147.
[620] – في المطبوع لتجارة وما بين المعقوفين من سيد33 وم148.
[621] – في المطبوع هي (وفي سيد33 مالك من التلقي) وما بين المعقوفين من ن عدود ص379 ويحيى77 وم147.
[622] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص379 وم148 ويحيى77 وسيد33 (على الامضاء).
[623] – في المطبوع يعرضه وما بين المعقوفين من ن عدود ص379 وم148 ويحيى77 وسيد33.

نص خليل وَجَازَ لِمَنْ عَلَى كَسِتَّةِ أَمْيَالٍ أَخْذُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ ضَمَانُ الْفَاسِدِ [بِالْقَبْضِ[624] س] وَرُدَّ وَلاَ غَلَّةَ.

متن الحطاب فيشاركه فيها من شاء منهم وشهر روايتان، وروي تباع عليهم فما خسر فعليه والربح بين الجميع، وقيل يقسم بينهم بالحصص بالثمن الأول. اهـ.

فرع منه: قال: وينهى عن ذلك فإن عاد أدب. اهـ.

380 ص: وجاز لمن على كستة أميال أخذ محتاج إليه ش: قال ابن/ رشد إثر كلامه السابق في شرح قول المصنف: "وكتلقي السلع": ولا يجوز لمن مرت على بابه في الحاضرة أن يشتري منها شيئا، وأما إن مرت به على قرية على أميال من الحاضرة فيجوز له أن يشتري ما يحتاج إليه لا [للتجارة[625]] لمشقة النهوض عليه إلى الحاضرة. اهـ . وقال في النوادر: ومن كتاب ابن المواز ولا يبتاعها من مرت به وهو على باب داره في البلد الذي جلبت إليه، ومن الواضحة [ومن[626]] بلغ الحضر فلا يشتري منها ما مر على باب داره لا لتجارة ولا لقوته إن كان لها سوق قائم، وأما ما ليس له سوق قائم إذا دخل بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وإن لم تبلغ السوق.

فرعان: [الأول: قال[627]] في التوضيح: ولو كان في البلد نفسها فمرت به السلعة فقولان. اهـ. ونقله في الشامل.

الثاني: تقدم في كلام النوادر أن السلع إذا لم يكن لها سوق قائم ودخلت بيوت الحاضرة والأزقة جاز الشراء منها لمن مرت به وإن لم تبلغ السوق. وقال في الشامل: وجاز شراؤها إن لم يكن لها سوق فيه أو رجع ربها بها منه كخروج بعض أهل البلد [لشراء حوائطه[628]] ثم يبيع هو لهم، وقيل كالتلقي، وإذا وصلت السلع الساحل في السفن وهو منتهى سفرها جاز المضي إليها والشراء منها لمشقة انتقالها.

ص: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ش: هذا قول ابن القاسم، وأما الملك فقال في التوضيح: وإن قلنا إن الضمان في المبيع بيعا فاسدا ينتقل بالقبض فالملك لا ينتقل بذلك، بل لا بد من ضميمة الفوات. اهـ . وقال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الهبة عند قوله: ومن باع عبده بيعا فاسدا ثم وهبه لرجل قبل تغيره في سوق أو بدن جازت الهبة. المازري: يؤخذ من قولها بعد أن البيع بينكما مفسوخ أن البيع الفاسد لا ينقل الملك، وفي العتق الأول خلافه فيمن قال لعبد إن ابتعتك فأنت حر فاشتراه شراء فاسدا أنه يعتق عليه. اهـ.

فرع: قال الشيخ أبو الحسن في كتاب التدليس بالعيوب في مسألة من اشترى عبدا معينا ثم باعه ثم اشتراه: يقوم منه أن من اشترى سلعة شراء فاسدا فقبضها المشتري ثم ردها إلى البائع على وجه أمانة

الحديث ....

624 س – بقبضه نسخة.

625 – في المطبوع لتجارة وما بين المعقوفين من سيد33 وم148.

626 – في المطبوع وما وم148 وسيد33 وما بين المعقوفين من ن عدود ص380

627 – في المطبوع تقدم في كلام النوادر أن السلع إذا لم يكن لها سوق وما بين المعقوفين من ن عدود ص380 وم148 وسيد33

628 *– لعلها لشراء ثمر حوائطه كما في الميسر ص59 ج2.

نص خليل فَإِنْ فَاتَ مَضَى الْمُخْتَلَفُ فِيهِ بِالثمَنِ.

متن الحطاب أو غير ذلك، فهلكت بيد البائع أن ضمانها من البائع وقبض المشتري لها كلا قبض لأن المشتري يقول كان لي أن أردها عليك وها هي في يدك. اهـ. ونقلها أيضا في كتاب الغرر في شرح من باع دابة واستثنى ركوبها، وذكر أنها نزلت ووقع الجواب فيها أن الضمان من البائع اهـ وانظر النوادر والعتبية. والله أعلم.

فرع: قال في البيوع الفاسدة: ومن اشترى أمة [بيعا[629]] فاسدا فولدت عنده ثم مات الولد فذلك فوت ليس له ردها، كانت من المرتفعات أو من الوخش؛ لأن القيمة قد وجبت.

فرع: قال ابن سهل: والبيوع حكم الجاهل فيها حكم العامد في جميع الوجوه. اهـ. ذكره في أواخره 381 فيما/ لا يعذر فيه بالجهل.

تنبيه: تقدم في النكاح في آخر شرح قول المصنف: ["وهو[630]] طلاق إن اختلف فيه" أن البيع المجمع على فساده لا يحتاج فسخه إلى الحاكم، واختلف في المختلف فيه على ثلاثة أقوال هل المعتبر في فسخه فسخ السلطان وهو قول محمد، أو تراضيهما بالفسخ كفسخ السلطان وهو قول أشهب وظاهر كلام اللخمي في مسألة بيع الثنيا من كتاب الآجال؟ حكى القولين في المقدمات وغيرها، وحكى ابن عرفة ثالثا وهو الفسخ بمجرد إشهادهما على الفسخ ذكره في الصرف. قال القباب في شرح مسائل ابن جماعة في الكلام على آخر مسألة من باب اقتضاء الطعام من ثمن الطعام: ونقل المازري عن بعض الأشياخ أنه قال على القول إنه يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم أنه لو حكم المتبايعان بينهما رجلا فحكم بالفسخ لحل ذلك محل حكم القاضي.

وأشار إلى ذلك. الشيخ: لو حكم أحدهما صاحبه فاجتهد فحكم بالفسخ أو اجتهدا جميعا ففسخاه لأجزأهما ذلك. وهذا الذي قاله في حكم أحدهما أو حكمهما فيه نظر؛ لأن الحاكم لا يحكم لنفسه، لكن [الاختلاف[631]] في تراضيهما بالإشهاد هل يحل محل الحكم بالفسخ؟ مشهور بين ابن القاسم وأشهب. اهـ. وأما إذا غاب أحدهما فإنه يرجع للحاكم ويفسخه. قاله في كتاب التدليس بالعيوب من المدونة. قال القباب قبل كلامه السابق: فإن لم يجد حاكما ينظر له في ذلك إما لأنه غير مأمون أو غير معين لذلك فإنه يولي النظر في ذلك لعدول الموضع الذي هو به، فإن لم يجد فحينئذ ينظر هو في ذلك بما يخلص نفسه من تباعة الغير. اهـ . والله أعلم.

ص: ورد ولا غلة ش: قال في المسائل الملقوطة: مسألة كل من دخل في ملك بوجه شبهة فلا يطالب بالخراج. اهـ.

ص: [فإن[632]] فات مضى المختلف فيه ش: قال الفاكهاني في شرح الحديث السادس من كتاب الأربعين للنووي عن الأنباري: البيع الصحيح يفيت الفاسد، وليس المراد أن البيع الأول يمضي على ما هو عليه فإن ذلك لا يقوله مالك ولا أحد من أصحابه، ولكن المراد أن المبيع فات بحيث لا يرد على البائع ويكون للبائع القيمة، ولو فات البيع الأول على ما هو عليه لمضى بالثمن، وأما إذ لم

الحديث ....

---

[629] *- في م148 شراء.

[630] *- في المطبوع فهو وما بين المعقوفين من م148 وسيد33.

[631] - في المطبوع لا اختلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص381 وم148 وسيد33.

[632] *- في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م148 ويحيى77 وسيد33.

نص خليل وَإلاَّ ضَمِنَ قِيمَتَهُ حِينَئِذٍ وَمِثْلَ الْمِثْلِيِّ.

متن الحطاب يتغير المبيع بيعا فاسدا وبقي على حاله فالانتفاع به حرام والإقدام على بيعها لمشتريها شراء فاسدا لا يجوز، وشراؤها لمن علم بفساد عقدها وعدم تغيرها معصية، ولكن إن وقع تم البيع وصح الملك للبائع وللمشتري. اهـ.

ص: **وإلا ضمن قيمته حينئذ ومثل المثلي** ش: يريد إذا كان المثلي موجودا وإلا ففيه أيضا القيمة كالمقوم، قال في أوائل البيوع الفاسدة: ومن اشترى ثمرا لم يؤبر فجذه قبل إزهائه فالبيع جائز إذا لم يشترط تركه إلى إزهائه فإن لم يجذه وتركه حتى أرطب أو [أتمر[633]] فجذه لم يجز البيع وفسخ ورد قيمة الرطب أو مكيلة التمر إن جذه تمرا. اهـ. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قوله ورد قيمة الرطب يريد ولو كان قائما لرد بعينه ولو فات [والإبان قائم[634]] وعلم وزنه أو كيله لرد مثله. اهـ. فهذا دليل على أن المثلي إذا عدم كانت فيه القيمة.

تنبيه: ومحل رد مثله إذا لم يبع جزافا فإن بيع جزافا ففيه القيمة. قال الجزولي والشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة عند قولها فيها: "وإن كان مما يوزن أو يكال فليرد مثله": إذا كان اشتراه على الكيل/ أو الوزن، وأما إذا اشتراه جزافا فعليه قيمته؛ لأن المثل لا يتأتى. هذا لفظ الجزولي، ولفظ الآخر هذا فيما بيع على الكيل أو الوزن وما بيع على الجزاف وفات فعليه قيمته يقوم على تحديد الصبرة أن فيها كذا وكذا فيغرم قيمة ذلك. اهـ. وقال الشيخ أبو الحسن الصغير: قوله في المدونة: "أو مكيلة التمر إن جذه تمرا". قال ابن يونس: يريد إذا فات ذلك عنده أيضا وإن كان قائما رده بعينه. قال أبو محمد صالح: انظر قد قال ابن المواز في جزاف الطعام إنما عليه قيمته إن حال سوقه، ولم يقل إن عرف المكيلة أدى المكيلة ابن يونس: الذي جرى ههنا إذا عرف المكيلة ردها وأصله بيع جزاف، فلعله يريد إنما تكون عليه قيمته إذا فاتت عليه ولم يكن يعلم كيله، وأما إن علم كيله فليرد مثل المكيلة ولا يكون اختلاف قول ورد المكيلة أعدل، وحمل اللخمي ما في كتاب محمد على الخلاف فتأمله في تبصرته. اهـ.

382

تنبيه ثان: إذا وجبت القيمة في المقوم لفوته فهل يجوز لهما أن يتراضيا على رد المبيع بعينه مع حصول الأمر الذي فوته؟ قال في الرسالة: "وكل بيع فاسد فضمانه من البائع، فإن قبضه المبتاع فضمانه من المبتاع من يوم قبضه فإن حال سوقه أو تغير في بدنه فعليه قيمته ولا يرده. قال الجزولي: قوله ولا [يرده[635]] ظاهره وإن تراضيا قال بعض الشيوخ إلا أن يتراضيا فيجوز [ويريد[636]] بعد معرفة القيمة وإلا كان بيعا مؤتنفا بثمن مجهول لأن القيمة قد وجبت وهي غير معلومة فأخذ فيها هذه السلعة فهذا بيع مؤتنف فإذا علمت القيمة زالت العلة. اهـ. ونحوه في الشيخ يوسف بن عمر، ولعل الجزولي أشار بالقاف لعبد الحق في النكت فإنه قال في أول البيوع الفاسدة من المدونة: ولا

الحديث ....

---

633 – في المطبوع تمر وما بين المعقوفين من سيد33 وم148.

634 – في المطبوع وإلا فإن كان قائما وما بين المعقوفين من ن عدود ص381 ويحيى77 وسيد33 .

635 *– في المطبوع يرد وما بين المعقوفين من يحيى77 وم149 وسيد33.

636 *– في المطبوع ق يريد وما بين المعقوفين من يحيى77 وم149 وسيد33.

نص خليل بِتَغَيُّرِ سُوقِ غَيْرِ مِثْلِيٍّ وَعَقَارٍ.

متن الحطاب يجوز أن تباع جارية بجاريتين غير موصوفتين ويرد ذلك فإن فاتت الجارية عندك ببيع أو نقص سوق لزمتك قيمتها يوم القبض، وليس لبائعها منك أخذها مع ما نقصها ولا أخذها من غير شيء تأخذه لنقصها كما ليس لك ردها عليه مع ما نقصها ولا بعد زيادتها في سوق أو بدن إذا لم يقبلها البائع إلا أن يجتمعا في جميع ما ذكرناه. قال الشيخ أبو الحسن الصغير: قال ابن المواز بعد معرفتهما بالقيمة التي لزمت المبتاع بتغييرها. قال ابن بشير: وفي هذا الأصل قولان المشهور ما قاله محمد والشاذ أن دفع ذلك يصح وإن لم تعلم القيمة لأن الغرض ههنا إسقاط التنازع. ابن يونس: قال بعض شيوخنا إنما يصح هذا إذا كانت الجارية وخشا لا تتواضع، وأما التي تتواضع فلا يجوز تراضيهما بما وصفنا؛ لأن القيمة دين على المشتري أخذ البائع فيها جارية بمواضعة فهو فسخ الدين في الدين. اهـ.

فروع: الأول: إذا فات المبيع بيعا فاسدا ووجب رد القيمة فإنه يقاصه بها من الثمن. نص عليه الجزولي في شرح الإرشاد.

الثاني: أجرة المقومين في البيع الفاسد على المتبايعين جميعا. قاله ابن يونس عن بعض القرويين، ونقله الشيخ أبو الحسن في أوائل البيوع الفاسدة، وقال البرزلي سئل اللخمي عن القيمة إذا وجبت في بيع فاسد أو استحقاق أو شبهة على من أجرة المقومين فأجاب هي على البائع الآخذ للقيمة لأنه طالب للثمن [ولأمر دونه[637]] فعليه تقريره.

قلت: ظاهر المدونة أنه عليهما لقوله إنهما دخلا على الفساد. اهـ.

الثالث: إنما يضمن المثلي في المحل الذي قبضه فيه؛ لأن المصنف يقول إن مما يفيت المثلي نقله لبلد آخر بكلفة، وقال في النوادر في ترجمة البيع الفاسد: ومن كتاب ابن المواز وإن ابتاع طعاما جزافا بيعا فاسدا فإن حوالة الأسواق تفيته وغير ذلك من أوجه الفوات ولو بيع على كيل أو وزن لم يفته شيء وليرد مثله بموضع قبضه. اهـ. والله أعلم.

ص: [**بتغير**[638]] **سوق غير مثلي** ش: تصوره واضح، ومسألة الحلي إذا اشترى فاسدا. قال فيها في النوادر في ترجمة البيع الفاسد من كتاب ابن المواز: ومن ابتاع حليا بيعا فاسدا فإن كان جزافا فإن

383 حوالة الأسواق تفيته ويرد قيمته، وإن/ كان على الوزن لم يفت بحوالة سوق وليرده أو مثله، وإن كان سيفا محلى فضته الأكثر فلا تفيته حوالة الأسواق ويفيته البيع والتلف أو قلع فضته فيرد قيمته. قال محمد وليس بالقياس. اهـ. وقال سند في الطراز في باب بيع الشيء المحلى لما تكلم على مسألة من اشترى سيفا محلى نصله تبع لفضته بدنانير ثم افترقا قبل نقد الدنانير وقبل قبض السيف، ثم باعه [إن[639]] البيع الثاني جائز، وللبائع الأول على الثاني قيمة السيف، وكذلك الذهب يوم قبضه.

الحديث ....

---

[637] – في المطبوع ولا يردونه وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 (وفي م149 ويحيى78 وسيد33 ولا يدرونه فعليه تقديره).

[638] *– في المطبوع بتغيير وما بين المعقوفين من م149 ويحيى78 وسيد33.

[639] – في المطبوع وسيد 33 وأن وفي يحيى78 وم 149 فإن ، وما بين المعقوفين من تصويبات الشيخ محمد سالم .

نص خليل

وَبِطُولِ زَمَانِ حَيَوَانٍ وَفِيهَا شَهْرٌ وَشَهْرَانِ وَاخْتَارَ أَنَّهُ خِلَافٌ وَقَالَ بَلْ فِي شَهَادَةٍ وَبِنَقْلِ عَرْضٍ وَمِثْلِيٍّ لِبَلَدٍ بِكُلْفَةٍ وَبِالْوَطْءِ وَبِتَغَيُّرِ ذَاتِ غَيْرِ مِثْلِيٍّ وَخُرُوجٍ عَنْ يَدٍ وَتَعَلُّقِ حَقٍّ.

متن الحطاب

فرع: إذا قلنا يفيته البيع الصحيح فهل يفيته حوالة السوق؟ يختلف فيه أصل ابن القاسم قال في الكتاب: يرد ولا أجعله مثل البيع الفاسد؛ لأن الفضة ليس فيها تغير الأسواق وإنما هي ما لم يخرج من يده بمنزلة الدراهم فله أن يردها، وقال محمد حوالة الأسواق فيه فوت، وذكر ابن القاسم أنه قال في الحلي يباع جزافا بيعا فاسدا إن حوالة الأسواق فيه فوت، وهذا اختلاف قول منه، فمرة رأى أن الصرف لا يفيته حوالة الأسواق كما في الدنانير والدراهم، ومرة رأى أن الدنانير والدراهم أثمان لا تكاد تختلف أسواقها، وإن اختلفت رجعت، بخلاف ما تدخله الصنعة من الحلي والحلية وتختلف قيمته باختلاف صنعته. اهـ.

ص: وبطول زمان حيوان ش: تصوره واضح. وسكت عن غير الحيوان، وقال في الشامل: واختلف في فوت العقار بالطول ففيها يفوت به وفيها ليس السنتان والثلاث فوتا. أصبغ: إلا كعشرين سنة، وحمل على الوفاق، ولا [يفوت[640]] عرض بطول إن لم يتغير بذات أو سوق على الأصح. اهـ. ونحوه في التوضيح.

ص: وبالوطء ش: قال أبو الحسن عن ابن المواز: لأن فيها المواضعة ولا تمضي مدة المواضعة إلا وقد تغيرت. اهـ. وقال في الشامل: وطء الأمة فوت لا غيبة عليها، فإن قال وطئتها صدق وفي الوحش إن أنكر صدق مطلقا كالرائعة إن صدقه البائع واستبرأها وإن كذبه لم ترد. اهـ.

ص: واستبرأها ش: يعني إذا ردت إلى البائع فلا بد من وقفها للاستبراء، وانظر التوضيح.

ص: وبتغير ذات غير مثلي ش: قيد تغير الذات بغير المثلي جريا على ما نقل في التوضيح فإنه قال في قول ابن الحاجب: والفوات بتغير الذات ظاهر كلامه يقتضي أن تغير الذات يفيت المثلي، وقاله ابن شاس، والذي في اللخمي وابن شاس؛ لأن معنى فوات المثلي أنه يجب الإتيان بمثله وهم قد صرحوا به هنا، وإلا فيشكل على قوله أولا: "فإن فات مضى المختلف، وإلا ضمن قيمته ومثل المثلي" اهـ . فتأمله. والله أعلم.

ص: وخروج عن يد ش: يعني أن البيع الفاسد يفوت بخروج المبيع من يد المشتري، وشمل ذلك البيع الصحيح والهبة والصدقة والتحبيس، وهذا فيما حبسه الإنسان [عن[641]] نفسه، وأما إذا أوصى الميت بشراء دار أو بستان فاشترى الوصي ذلك وحبسه فالذي يظهر على ما يأتي في الرد/ بالعيب أنه يفسخ البيع. فتأمله.

384

فرع: إذا باعه مشتريه لبائعه فهل ذلك فوت كما لو اشتراها أجنبي أم لا. ذكر الفقيه راشد في كتاب الحلال والحرام فيه قولين لأبي إسحاق وابن رشد. انظره في أوائله.

فرع: قال في كتاب التدليس بالعيوب من المدونة: وإن اتخذها أم ولد في البيع الفاسد أو باعها كلها

الحديث

....

640 *- في المطبوع يفيت وما بين المعقوفين من م149 وسيد33.

641 - في المطبوع ويحيى78 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 وم149 وسيد33.

نص خليل

كَرَهْنِهِ وَإِجَارَتِهِ وَأَرْضٍ بِبِئْرٍ وَعَيْنٍ وَغَرْسٍ وَبِنَاءٍ عَظِيمِي الْمَؤُونَةِ وَفَاتَتْ بِهِمَا جِهَةٌ هِيَ الرُّبُعُ فَقَطْ لاَ أَقَلُّ وَلَهُ الْقِيمَةُ قَائِمًا عَلَى الْمَقُولِ وَالْمُصَحَّحِ وَفِي بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ مُطْلَقًا تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب

أو نصفها أو حال سوقها فقط فذلك فوت في جميعها، أبو الحسن قوله: "أو باع نصفها" معناه في غير المكيل والموزون. عياض: وذلك لضرر الشركة في [غيرهما[642]] مما لا ينقسم؛ لأن النصف في مثل هذا قليل، ونقله ابن محرز، وقوله: "وذلك فوت في جميعها" هذا راجع لقوله: "أو باع نصفها". انتهى.

فرع: قال في كتاب الشفعة من المدونة: ولا تجوز التولية في البيع الفاسد وترد. انتهى. قال أبو الحسن: لأنه يتنزل منزلة المولى. انتهى. والشركة حكمها حكم التولية لأنها تولية لبعض السلعة. وانظر الحكم في الإقالة.

ص: كرهنه ش: قال في كتاب التدليس بالعيوب من المدونة: إلا أن يقدر على افتكاكها من الرهن [لملائه.[643]] انتهى.

ص: وإجارته ش: قال في المدونة أيضا في الكتاب المذكور: إلا أن يقدر على فسخ الإجارة مياومة. انتهى.

فرع: قال في النوادر في ترجمة البيع الفاسد وعهدة ما فات منه ما نصه: قال ابن القاسم: ومكتري الدار كراء فاسدا إن أكراها من غيره مكانه كراء صحيحا فذلك فوت وعليه كراء مثلها. وقال في كتاب الشفعة من المدونة: ومن أعمر عمرى على عوض لم يجز ورد ولا شفعة فيه؛ لأنه كراء فاسد ويرد المعمر الدار وإن استغلها رد غلتها وعليه إجارة ما سكن لأن ضمانها من ربها ويأخذ عوضه. اهـ. قال أبو الحسن: هذا خلاف أصله في الكراء الفاسد أن الغلة للمكتري وعليه كراء المثل. ابن يونس: قال ابن المواز: والصواب أن يكون له الغلة وعليه كراء مثلها في السنين التي سكنها ويفسخ ما بقي من عمره لأنه كراء إلى أجل مجهول. قال عبد الحق: قوله: "يرد غلتها" أي يرد كراء مثل الدار فأما ما أخذ من غلة فهي له، وليس ما قال ابن المواز خلافا للمدونة بل الأمر على ما وصفنا. الشيخ: وظاهر قول ابن المواز أنه خلاف. اهـ . ونقل ابن عرفة كلام المدونة في مسألة العمرى. ثم قال بعده: ولم يجعل صحيح عقد كرائها الفاسد لما كان العقد فيما لم يضمنه مشتريه. اهـ. وذكره ابن عرفة في البيع الفاسد إذا ابتاع بعد بيعا صحيحا. والله أعلم.

ص: وفي بيعه قبل قبضه مطلقا تأويلان ش: قوله: "مطلقا" يعني سواء كان عرضا أو حيوانا أو عقارا أو مثليا، وسواء باعه مشتريه/ قبل قبضه أو باعه بائعه وهو في يد مشتريه قبل أن يقبضه يرده إليه ولم يحصل فيه مفوت. قال في التوضيح عن الجواهر: فلو باع ما اشتراه شراء فاسدا قبل قبضه فقد رأى المتأخرون في نفوذ البيع له وهو في يد بائعه قولين، وكذلك عكسه وهو أن يبيع ما باعه بيعا فاسدا بعد قبض ما اشتراه الشراء الفاسد، وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد نقل شبهة الملك أم لا. اهـ . ثم قال: وقد حكى ابن بشير هذا الخلاف أيضا. اهـ كلام التوضيح. ونص كلام ابن

385

الحديث

---

642 – في المطبوع غيرهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 وم149 ويحيى78 وسيد34.

643 *– في المطبوع لملئه وما بين المعقوفين من م149 ويحيى78 وسيد34.

نص خليل ....

متن الحطاب بشير: وإن كان الفوات بأن أحدث المشتري فيه حدثا من عتق أو عطاء أو بيع فإن كان في يد البائع فهل يمضي فعل المشتري ويكون فوتا؟ قولان، وهما على الخلاف في البيع الفاسد هل ينقل شبهة الملك أم لا؟ ولو كان الأمر بالعكس فأحدث البائع فيه عقدا وهو في يد المشتري ففي مضيه قولان؛ وهما على الخلاف في نقل شبهة الملك فلا يمضي أو عدم النقل فيمضي. اهـ. وقال في الشامل: في فوته ببيع صحيح قبل قبضه قولان. ثم قال: ولو باعه بائعه ثانية قبل إقباضه فالقولان. اهـ. وهذا الذي ذكره فيما إذا باعه بائعه مرة ثانية قبل إقباضه لم أقف عليه لغيره، بل ظاهر كلامهم أنه ماض ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما إذا باعه بائعه مرة ثانية وهو في يد مشتريه قبل أن يقبضه من المشتري يرده إليه كما تقدم في كلام صاحب الجواهر الذي نقله عنه في التوضيح وفي كلام ابن بشير.
وقال القاضي عياض في التنبيهات بعد أن ذكر القولين فيما إذا باعها مشتريها قبل قبضها: قال ابن محرز وغيره: ولم يختلفوا أنه إذا لم يقبض المبيع ولا مكنه منه أنه في ضمان بائعه، واختلفوا إذا أمكنه منه ولم يقبضه وانتقد ثمنه فعند ابن القاسم لا يضمنه المبتاع أبدا إلا بالقبض، وقال أشهب ضمانه من مشتريه وإن لم يقبضه إذا مكنه من قبضه أو كان قد نقد ثمنه. اهـ.
وقال ابن بشير [قبل[644]] كلامه السابق: وإذا حكم بأن البيع الفاسد ينقض ما لم يفت فلا يخلو فواته من أن يكون في يد بائعه أو في يد مشتريه فإن كان في يد بائعه [فإنه[645]] منه إلا أن يمكن المشتري من القبض ثم يتركه بعد التمكين، فإن مكنه فههنا قولان أحدهما أنه من البائع كالقسم الأول، والثاني أنه بمنزلة ما لو قبضه المشتري، وسبب الخلاف في هذه ما قدمناه من تبديل النية مع بقاء اليد؛ لأنه إذا مكنه ثم تركه فهو كالوديعة عنده، وإن كان الفوات في يد المشتري فهو منه [ويمضي[646]] بالقيمة، وإن كان الفوات بإحداث المشتري. وذكر بقية كلامه السابق، وقد يقال إن مراد صاحب الشامل الصورة المختلف فيها؛ وهي ما إذا باعه بائعه مرة ثانية قبل إقباضه وبعد تمكين المشتري منه فتأمله. والله أعلم.
والقول بأن ضمانه من البائع إذا أمكن المشتري منه ولم يقبضه هو قول ابن القاسم الذي مشى عليه المصنف حيث قال: "وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض"، والظاهر من القولين فيما إذا باعه مشتريه قبل قبضه الإمضاء قياسا على العتق والتدبير والصدقة كما سيأتي في كلام ابن يونس وأبي إسحاق التونسي. قال في المدونة في كتاب التدليس بالعيوب: وكل بيع فاسد فضمان ما يحدث بالسلعة في سوق أو بدن من البائع حتى يقبضها المبتاع، وإن كانت جارية فأعتقها المبتاع قبل أن يقبضها أو كاتبها أو دبرها أو تصدق بها فذلك فوت إن كان له مال. اهـ. قال ابن يونس: وأما إن حدث بها عيب أو تغير سوق أو بدن أو موت وذلك قبل القبض فذلك من البائع بخلاف العتق وما معه فإنه أحدثه المبتاع فضمن بما أحدث إذا كان يقدر على ثمنها، واختلف إن باعها قبل أن يقبضها فحكيَ عن ابن أبي زيد أنه ليس بفوت بخلاف/ العتق؛ لأن له حرمة، وحكيَ عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن البيع فوت وإن لم يقبضها المتباع كالصدقة. ابن يونس: وهذا أشبه بظاهر الكتاب؛ 386

الحديث ....

[644] *- في المطبوع إثروما بين المعقوفين من م150 ويحيى79 وسيد34 .
[645] *- في المطبوع فاته وما بين المعقوفين من م150 ويحيى79 وسيد34.
[646] - في المطبوع تمضي وما بين المعقوفين من سيد34 وم150.

نص خليل ....

متن الحطاب لأنه أمر أحدثه المبتاع، ولأن الصدقة تفتقر للقبض والبيع لا يفتقر للقبض، وإذا [كانت[647]] في الصدقة [فوت[648]] [فهي[649]] في البيع أحرى أن يكون فوتا. انتهى. ونقله أبو الحسن، وقال بعده ما نصه: عياض ولم يختلفوا في الهبة والصدقة. انتهى. ولم أقف على هذا في التنبيهات، وسيأتي في التنبيه الثالث ذكر الخلاف في عتق البائع والمشتري. والله أعلم.

وقال أبو إسحاق التونسي فيما إذا باع المشتري ما اشتراه فاسدا قبل قبضه لم يجزه: ابن القاسم: لما كان ضمانه من البائع، ولم يجعله [منه[650]] فوتا. قاله مالك فيمن اشترى ثمرة قبل أن يبدو صلاحها فباعها بعد أن بدا صلاحها أنه يرد عدد المكيلة تمرا إن جذها الثاني، وقيل عليه قيمتها يوم باعها وهذا هو الأشبه؛ لأن بيعه لها أوجب أن يتعلق بها حق من اشتراها [اشتراء[651]] صحيحا فذلك كالعتق، وقال في المدونة: إذا وهبها وقد [اشتراها فاسدا[652]] إن ذلك فوت. فإذا وجب أن تكون الهبة فوتا فأحرى أن يكون البيع فوتا لأن البيع آكد من الهبة، ألا ترى أنه لو مات الواهب ههنا وهو المشتري شراء فاسدا قبل أن يقبضها الموهوب لوجب أن تبطل ولم يكن البائع حائزا للموهوب. اهـ . ففي كلام ابن يونس المتقدم وكلام أبي إسحاق هذا أن البيع أوكد من الهبة والصدقة، وفيه ترجيح القول بنفوذ البيع وكونه فوتا، وفي كلام أبي إسحاق وأن القيمة يوم باعها المشتري، غير أن ما عزاه لابن القاسم ومالك إنما أخذه من المسألة التي ذكرها.

وقد تأولها غيره على أن قوله: "عليه مكيلها" أي إذا علم كيلها، وقوله: "عليه قيمتها" إذا جهلت المكيلة وليس باختلاف قول، وإنما هو اختلاف حال كما سيأتي [في[653]] كلام القاضي عياض؛ فإنه ذكر القولين، وعزا القول بأن البيع غير مفيت لفضل وابن الكاتب وغيرهما من المشايخ، وعزا القول بأنه مفيت لابن محرز وغيره، وذكر أن ابن محرز احتج عليهم بأنه مفيت بقولهم في الصدقة والعتق والتدبير [أنهم مفوتون[654]] وأن فضلا قد قال إن الصدقة كالبيع على مذهبه وتأويله، وذكر أن القول بأنه غير مفيت أخذ من ظاهر المدونة، وأن ذلك الظاهر [تأول[655]] وذكر تأويله، ونص كلامه: قوله -يعني في المدونة- في مشتري السلعة الغائبة بجارية بشرط النقد لو نقد البيع وكان عليه قيمتها يوم قبضها وجاز البيع لمن باعها إذا كان الأول قبضها ظاهر هذا أنه إنما يجوز البيع إذا [كان[656]] قبضها، ولو كان بيعه لها قبل القبض لم يجز بيعها، وإلى هذا ذهب فضل وابن الكاتب وغيرهما من المشايخ، وأنه تأويل ما في الكتاب.قال فضل: وأما لو كانت

الحديث ....

647 *- في م150 كان.

648 - في المطبوع "فوتا" وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 150 ويحيى 779 وسيد 34.

649 *- في م150 وسيد 34 فهو.

650 - في المطبوع "معه" وعلق عليها الشيخ محمد سالم بـ : كذا في النسخ والصواب "منه" .

651 *- في م150 ويحيى79 وسيد34 شراء.

652 *- اشتراها شراء فاسدا وردت في يحيى79.

653 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م150 ويحيى79 وسيد34.

654 *- كذا في م150 ويحيى79 وهو غير مستقيم.

655 - في المطبوع تؤول وما بين المعقوفين من سيد34 وم150 ويحيى79.

656 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 وم150 ويحيى79 وسيد34.

نص خليل ....

متن الحطاب [موقوفة[657]] لم تقبض حتى ينظر أمر الغائبة لم يتم للمشتري فيها بيع، واحتج ابن الكاتب بأنه باع ما ضمانه من غيره، وذهب ابن محرز في آخرين إلى جواز البيع وإفاتة البيع الفاسد الصحيح، وتأولوا أن قوله في المكاتبة إذا قبضها عائد على التقويم -أي إنما تقوم يوم قبضها- أي إذا كان قبضها، وإن لم يكن قبضها فيوم عقد البيع، واحتج بقول هؤلاء في الصدقة بأنها تفيته كالعتق والتدبير، وقد قال فضل إن الصدقة كالبيع، وقد احتجت كل فرقة منها باختلاف قوله في كتاب محمد فيمن ابتاع ثمرة قبل أن يبدو صلاحها ثم باعها بعد بدو صلاحها فقال مرة عليه مكيلتها، وهذا على القول أنه غير مفيت، [وقال مرة عليه قيمتها، وهذا على القول أنه مفيت،[658]] وقد يقال إن اختلاف قوله هنا لاختلاف الحال، فإذا عرف المكيلة لزمه مثله، وإذا جهل فالقيمة على أصله المعلوم، ولا يكون البيع على الوجهين فوتا. انتهى.

فحاصل كلامهم ترجيح القول بنفوذ البيع وأنه مفوت، وكذلك الظاهر من القولين اللذين في العكس؛ وهو ما إذا باعه بائعه وهو في يد مشتريه قبل أن يقبضه [فرده إليه الإمضاء أيضا[659]] قال في كتاب الهبة من المدونة: ومن باع عبدا بيعا فاسدا ثم وهبه لرجل قبل تغيره في/ سوق أو بدن جازت الهبة إن قام بها الموهوب ويرد البائع الثمن، ولو مات الواهب قبل تغير سوقه وقبل قبض الموهوب إياه بطلت هبته، [ولو وهبه[660]] بعد تغير سوقه لم تجز الهبة؛ لأنه لزم المبتاع القيمة، وكذلك إن أعتقه قبل تغيره في سوق أو بدن جاز عتقه إذا رد الثمن؛ لأن البيع بينهما مفسوخ ما لم يفت العبد. اهـ.

387

فأجاز تصرفه بالهبة، وذلك شامل لهبة الثواب وهي بيع من البيوع، بل البيع أحرى من الهبة كما تقدم في كلام ابن يونس وكلام أبي إسحاق، وكذلك ينفذ تصرفه بالصدقة والحبس، ولا شك في أحرويتهما على الهبة، وللخمي تفصيل في مسألة المدونة المذكورة فراجعه في كتاب الهبة والصدقة، وقال ابن ناجي في شرح المدونة: ظاهر قوله في الكتاب جازت هبته إن قام بها، سواء تغير حين القيام أم لا، وإليه رجع أبو محمد بن أبي زيد؛ لأن الهبة وقعت في وقت كان للبائع فسخ البيع، وقال: القياس إن تغير حين القيام فهو للمشتري، وقاله أبو محمد أولا، وكلاهما حكاه عبد الحق في النكت، وقال اللخمي إن كان بيعها مجمعا على تحريمه فهي للموهوب؛ لأن البيع لم ينقل الملك، وإنما نقل الضمان على أحد القولين. اهـ.

تنبيهات: الأول: تقدم في كلام القاضي عياض في التنبيهات عن القائلين بأن البيع مفوت أن القيمة تعتبر فيه يوم عقد البيع. قال في التنبيهات أيضا: وانظر [أي[661]] بيع الصحيح أو الفاسد

الحديث ....

---

657 *- في المطبوع موقفة وما بين المعقوفين من م150 ويحيى79 وسيد34.

658 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 ويحيى80 وسيد34.

659 *- في المطبوع برده إليه ولامضاء وما بين المعقوفين من م151 ويحيى80 وسيد34 وعلق عليه الشيخ محمد سالم بـــ : الظاهر أن الأصل برده إليه والإمضاء. فيكون تفسيرا للقولين.

660 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص387 وم151 ويحيى80 وسيد34.

661 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص387 وم151 ويحيى80 وسيد34.

نص خليل لاَ إنْ قَصَدَ بِالْبَيْعِ الإِفَاتَةَ وَارْتَفَعَ الْمُفِيتُ إنْ عَادَ إلاَّ بِتَغَيُّرِ [السُّوقِ[662] س].

متن الحطاب والأظهر الصحيح. اهـ. وما ذكر أنه الصحيح هو الذي اقتصر عليه أبو إسحاق التونسي في كلامه المتقدم حيث قال: إن القيمة يوم باعها المشتري.

الثاني: تقدم في كلام المدونة فيما إذا أعتق المشتري قبل أن يقبض أو كاتب أو دبر أو تصدق أن ذلك فوت إن كان له مال، وتقدم في كلام ابن يونس أيضا أن ذلك فوت إذا كان يقدر على الثمن، ومفهومه أنه إذا لم يكن له مال لم يجز عتقه وهو كذلك، وصرح بذلك في المدونة في كتاب التدليس بالعيوب أيضا، ونصه: ومن ابتاع عبدا بيعا فاسدا فلم يقبضه حتى أعتقه المبتاع لزمه العتق ويصير ذلك قبضا ويغرم القيمة إن كان له مال، وإن لم يكن له مال لم يجز عتقه. اهـ. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: يريد ويرد إلى بائعه لانتقاض البيع كما لو كاتبه فعجز أنه يرد إلى بائعه وعند أشهب قد أفاته بالعتق ويباع عليه في عدمه في القيمة [التي لزمته كما لو كاتبه فعجز أنه يباع عليه في القيمة في عدمه.[663]] اهـ. زاد ابن يونس إثره قال بعض القرويين.

الثالث: قال في المدونة: ولو كان البيع فاسدا جاز عتق البائع فيها ولم يكن للمبتاع معه عتق إلا أن يعتق المبتاع قبل البائع فيكون قد أتلفها. قال الشيخ أبو الحسن: ظاهره كانت في يد البائع أو في يد المشتري. قال ابن يونس: أعرف أن من أعتق من المتبايعين في البيع الفاسد عتقه ماض كان العبد بيده أو بيد صاحبه فإن أعتقا جميعا كان العتق للأول، فإن جهل قال أصحابنا ينبغي أن يمضي عتق من كان بيده. الشيخ: هذا ضابط مذهب ابن القاسم وسحنون لا يجيز فيه عتق المبتاع قبل قبضه؛ لأنه غير منعقد وضمانه من بائعه، وقال أشهب عند محمد لا عتق للبائع بعد قبض المشتري. اهـ.

الرابع: لو أجر المبيع بيعا فاسدا أو رهنه قبل قبضه فالظاهر نفوذ ذلك إن كان المبيع بيد البائع ولا إشكال فيه، وإن كان بيد المشتري ولم يقبضه منه برده إليه أنه يدخل فيه الخلاف، وقول ابن بشير: "أحدث فيه عقدا" شامل لذلك. والله أعلم.

الخامس: فهم من قول المصنف: "قبل قبضه" أنه لو باعه بعد قبضه لكان فوتا كما تقدم في قوله: "وخروج عن يد"، [لكن[664]] محل هذا ما إذا كان البيع [الثاني[665]] صحيحا، وأما إذا كان فاسدا فلا يفيت، ونقله الشارح تبعا للتوضيح عن اللخمي، وهو مذكور في كتاب الشفعة من المدونة. والله أعلم.

388 ص: لا إن قصد بالبيع الإفاتة ش: هذا الذي/ ذكره ابن محرز وصاحب التنبيهات، ونقله عنه في التوضيح، ونقل اللخمي أنه يفوت بالبيع وإن قصد به الإفاتة وجعله المذهب، ونقل قولا بالفرق بين أن يبيعه قبل [قيام البائع[666]] عليه يريد فسخ البيع فيفوت، وبين أن يبيعه بعد قيام البائع

الحديث ....

[662] س – سوق نسخة.
[663] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص387 وم151 ويحيى80 وسيد34.
[664] – في المطبوع لكان وما بين المعقوفين من ن عدود ص387 وم151 ويحيى80 وسيد34.
[665] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص387 وم151 ويحيى80 وسيد34.
[666] – في المطبوع قيامه وما بين المعقوفين من ن عدود ص388 وم151 ويحيى80 وسيد34.

نص خليل **فصل وَمُنِعَ [لِلتُّهَمَةِ[667] نص] مَا كَثُرَ [قَصْدُهُ[668] نص]**

متن الحطاب عليه يريد فسخ البيع فلا يفوت بذلك، وقاله في آخر سماع عيسى من جامع البيوع، ونقله ابن رشد. هكذا حصل ابن عرفة هذه الأقوال، واعترض ابن ناجي على القاضي عياض في حكايته الاتفاق على أنه إذا علم بالفساد وباع قصدا للتفويت أن بيعه غير ماض، ونصه عند قول المدونة في كتاب الصرف: وأما إن قبض المبتاع السيف وفارق البائع قبل أن ينقده ثم باع السيف فبيعه جائز. زاد في الأم بعد قوله وباع السيف: ثم علم قبح فعله. ابن محرز: أنكر سحنون قوله جاز بيعه ورآه ربا، وقوله في السؤال ثم علم قبح ذلك فيه إيهام أن البيع الصحيح إنما يفيت البيع الفاسد إن لم يقصد المشتري تفويته ولا يفوت لقصده ذلك، وهو وجه صحيح.
وقال عياض في كتاب البيوع الفاسدة: لا يختلفون أنه لو علم بالفساد ثم باع قصد التفويت أن بيعه غير ماض، وما ذكره قصور منه؛ لقول اللخمي إن قصد المشتري بالبيع والهبة التفويت للبيع قبل أن يقوم عليه البائع كان فوتا، واختلف إن فعل ذلك بعد قيام البائع عليه ليرد البيع. انتهى. وذكر في السماع المذكور أن حكم الهبة والصدقة حكم البيع يفرق فيهما كما يفرق بين البيع، وكذلك جعل اللخمي حكم الهبة حكم البيع كما تقدم في كلامه الذي نقله عنه ابن ناجي، فمقتضى ذلك أنه إذا قصد بالهبة والصدقة الإفاتة لا تفوت على القول الذي مشى عليه المصنف وإن لم يقم عليه البائع. والله أعلم. وكلام اللخمي في البيوع الفاسدة من التبصرة فانظره.
389 ص: **فصل ومنع للتهمة ما كثر قصده** ش: لما فرغ رحمه الله من ذكر البيوع التي نص الشرع/ على المنع منها عقبها ببيوع ظاهرها الجواز ويتوصل بها إلى ممنوع، فمنعها أهل المذهب، وأجازها غيرهم، ويسميها أهل المذهب ببيوع الآجال. قال في التوضيح: وهل كل من لفظتي البيوع والآجال باق على دلالته أو سلبت دلالة كل واحد وصار المجموع اسما لما ذكر فيه [احتمالان،[669]] والثاني أظهر. انتهى. واعلم أنه إذا أريد بهما مسائل [هذا الباب[670]] وهي ما تكرر فيه البيع من البائعين مرة ثانية فالاحتمال الثاني متعين، ولذا قال ابن الحاجب: لقب الخ كما سيأتي، وإن أريد البيع الذي فيه تأجيل فلا شك في بقاء كل لفظة على معناها.
قال ابن عرفة: بيوع الآجال يطلق مضافا [ولقبا[671]] الأول ما أجل ثمنه العين وما أجل ثمنه غيرها سلم في سلمها الأول يجوز سلم الطعام في الفلوس وربما أطلق على ما أجل ثمنه العين أنه سلم بمجاز التغليب في سلمها الأول من أسلم ثوبا في عشرة أرادب من حنطة إلى شهر وعشرة دراهم لشهر آخر فلا بأس به ولو اختلف أجلهما، وربما أطلق على ما أجل ثمنه [غير العين[672]] أنه بيع في الغرر الأول منها: لا بأس ببيع سلعة غائبة بعينها بسلعة إلى أجل أو بدنانير إلى أجل. اهـ. وقوله: "وما أجل ثمنه غيرها سلم إلى

الحديث ......

[667] نص – فتح هاء التهمة أرجح من تسكينها انظر كتب اللغة.
[668] نص – قصدا نسخة.
[669] – في المطبوع احتمالين وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 (وفي م151 ويحيى80 وسيد34 أحتمال).
[670] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وم151 ويحيى80 وسيد34.
[671] – في المطبوع ولقب وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وم151 ويحيى80 وسيد34.
[672] – في المطبوع الفاسد وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 ويحيى81 وسيد34 (وفي م151 غير المعين).

نص خليل ....

متن الحطاب آخره" جعل المتقدم هو الثمن سواء كان العين أو غيرها، وبعضهم يقول وما أجل ثمنه فهو سلم، والكل قريب لأنه يطلق على كل واحد أنه ثمن وأنه مثمن كما أنه يطلق على كل واحد من العاقدين أنه بائع ومشتر، وسيأتي في باب الخيار عند قول المصنف: ["وبدئ[673]] المشتري للتنازع" شيء من هذا المعنى، وقال أبو الحسن: عياض: بيوع الآجال في عرف الفقهاء ما أجل ثمنه، ولو كان المثمون مؤجلا والثمن نقدا كالسلم لم يطلقوا عليه هذا الاسم وإن كان حكمه حكم الأول في القضايا الفقهية.
اهـ. وقوله لم يطلقوا يريد في الغالب لما تقدم، وما ذكره المؤلف في أجل السلم يأتي مثله في البيع إلى أجل فكأنه اكتفى بذلك عن ذكره هنا وقد نبه عليه ابن عرفة وعلى مسائل تتعلق بالبيع إلى أجل يذكر منها ما تيسر قال: وشرطه كالنقد مع تعين الأجل نصا [أو عرفا،[674]] فمجهول الأجل فاسد، ومعروفه بالشخص واضح، وبالعرف كاف. ثم قال: الشيخ: روى محمد لا بأس ببيع أهل الأسواق على التقاضي وقد عرفوا ذلك بينهم. ثم قال: وبعيد الأجل ممنوع وغيره جائز في شراء الغائب منها يجوز شراء سلعة إلى عشر سنين أو عشرين، وسمع أصبغ جوازه. ابن القاسم: عمن يبيع سلعة بثمن إلى ثلاثين سنة أو عشرين قال أما إلى ثلاثين فلا أدري ولكن إلى عشرة وما أشبهه، وأكره إلى عشرين ولا أفسخه، ولو كان [لسبعين[675]] لفسخته أصبغ لا بأس به ابتداء إلى عشرين، وقال لي إن وقع به النكاح إلى ثلاثين لم أفسخه وكذا البيع عندي.
قال ابن عرفة: وكذا وجدته في العتبية إلى سبعين التي نصفها خمسة وثلاثون، ولابن زرقون عن الباجي عن ابن القاسم إلى ستين فسخته. انتهى كلام ابن عرفة. ومسألة المدونة في كتاب بيع الغرر، ونصها: ويجوز شراء سلعة إلى عشر سنين أو عشرين [وإجارة[676]] العبد عشر سنين. اهـ. قال الشيخ أبو الحسن: انظر هل أراد أن الثمن مؤجل إلى عشر سنين وأن السلعة منقودة، وهو الذي يدل عليه القرآن وهو قوله [وإجارة[677]] العبد عشر سنين، ويحتمل أن يريد أن المؤجل إلى هذا الأجل السلعة وأنها تقبض إلى عشر سنين فيجوز هذا بشرط السلم وكلاهما جائز. اهـ. ويعني بذلك إذا كانت السلعة مضمونة في الذمة على شروط السلم، وأما إن كانت معينة فلا يجوز تأخيرها أكثر من ثلاثة أيام، وقال المشذالي: وقوله: "إلى عشرين" صفة لمحذوف؛ أي بثمن مؤجل إلى عشرين، وعليه قدره ابن رشد في سماع أصبغ. اهـ. ونص ما في سماع أصبغ في رسم البيوع الثاني من جامع البيوع: اتفق مالك وأصحابه فيما علمت اتفاقا مجملا في النكاح يقع بمهر مؤجل إلى أجل بعيد أنه لا يجوز ويفسخ إذا وقع، واختلف في حده
390 على أربعة أقوال: أحدها أنه يفسخ فيما فوق/ العشرين وهو قول ابن وهب، وقد كان ابن القاسم جامعه على ذلك ثم رجع عنه، والثاني أنه لا يفسخ إلا فيما فوق الأربعين، وإليه رجع ابن القاسم حكاه

الحديث ....

673 – في المطبوع وبرئ وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وم151 ويحيى81 وسيد35.
674 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وم152 ويحيى81 وسيد35.
675 *– في المطبوع سبعين وما بين المعقوفين من يحيى 81
676 – في المطبوع وإجازة وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 (وفي م152 ويحيى81 وسيد35 أو إجارة)
677 – في المطبوع وإجازة وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وفي م152 ويحيى81 وسيد35 أو إجارة.

نص خليل ....

متن الحطاب ابن حبيب، والثالث لا يفسخ إلا في الخمسين والستين، والرابع لا يفسخ إلا في السبعين والثمانين وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، واختلف في العشرين فما دونها على خمسة أقوال: أحدها أنه يكره في القليل والكثير وهو قول مالك في المدونة، والثاني يجوز في السنة ويكره فيما جاوز ذلك، والثالث يكره فيما جاوز الأربع، والرابع يجوز في العشر ونحوها ويكره فيما جاوزها، والخامس يجوز في العشرين ثم قال ومساواة ابن القاسم بين البيع والنكاح فيما يكره فيهما من الأجل ابتداء وفيما لا يجوز ويفسخ به البيع والنكاح هو القياس. اهـ.
وقال الشيخ أبو الحسن إثر كلامه المتقدم: قال ابن يونس: قال في كتاب ابن المواز: ويكره البيع إلى أجل بعيد مثل عشرين سنة فما فوقها، قيل أتفسخه؟ قال: لا ولكن مثل ثمانين سنة أو سبعين سنة يفسخ به البيع. ثم قال أبو الحسن: وظاهر الكتاب في قوله عشرين وإن كان البائع من أبناء الستين أو السبعين قالوا معناه إذا كان البائع من أبناء أربعين سنة فأقل، ولو كان من أبناء ستين سنة لم يجز أن يبيع إلى عشرين؛ لأنه لا ينتفع بالثمن. اهـ. قال المشذالي إثر كلامه المتقدم: صرح ابن رشد في سماع أصبغ باعتبار صغر البائع وكبره عن التونسي [كما[678]] قيده هنا المغربي، وضابطه أن يبيع إلى أجل يعيش إليه غالبا ولو كان من أبناء مائة أو ستين أن يشتري إلى عشرين أو ثلاثين؛ لأنه كالأجل إلى الموت، وانظر هل تدخل السنة الأخيرة أم لا [كالخلاف[679]] فيمن قال إلى رمضان؟ وانظر بقيته. وذكر ابن رشد عن التونسي أنهم عللوا البيع إلى الأجل البعيد بالغرر كحلوله بموته. والله أعلم. فتحصل من هذا جوازه إلى العشرة وما أشبهها، وفي جوازه إلى العشرين وكراهته دون فسخ قولها مع اختيار أصبغ وقول ابن القاسم ويفسخ إلى السبعين والستين وفي الثلاثين توقف ابن القاسم وقياس أصبغ على الصداق وعدم الفسخ. والله أعلم. ثم قال ابن عرفة: وفيها بيع سلعة بثمن عين إلى أجل شرط قبضه ببلد لغو ولذا إن لم يذكر الأجل معه فسد. البيع عياض: اتفاقا.
اللخمي: إن قال أشتري بالعين لأقضي بموضع كذا لأن لي به مالا، وإنما معي هنا ما أتوصل به، وليس عندي ما أقضي به هنا إلا داري أو ربعي ولا أحب بيعه لم يجبر على القضاء إلا بالموضع الذي سمى، ويجوز البيع وإن لم يضربا أجلا كمن باع على دنانير بأعيانها بمائة، وإن اشترط البائع القبض ببلد معين لاحتياجه فيه لوجه كذا فجعلها المشتري لغيره لم يلزم البائع قبولها لخوفه في وصولها إلى هناك، وقد شرط أمرا جائزا فيوفى له به. اهـ. وقبله ابن عرفة كأنه المذهب، وهو ظاهر فيقيد به قول المصنف في العرض: "كأخذه بغير محله إلا العين".
فرع: من باع سلعة بعينها ولم يذكر حالا ولا مؤجلا فإنه على الحلول. نقله أبو الحسن الصغير عن القاضي عياض في آخر البيوع الفاسدة في أثناء كلامه على هلاك الرهن قبل قبضه. والله أعلم. ثم قال ابن عرفة: والثاني لقب لمتكرر بيع عاقدي الأول ولو بغير عين قبل اقتضائه. اهـ. وبدأ المصنف رحمه الله بذكر موجب فساد هذه البيوع بطريق إجمالي فقال: "ومنع للتهمة ما كثر قصده" أي ومنع كل بيع جائز في الظاهر يؤدي إلى ممنوع في الباطن للتهمة أن يكون المتبايعان قصدا بالجائز في الظاهر التوصل إلى المنوع في الباطن وليس ذلك في كل ما أدى إلى ممنوع، بل إنما يمنع ما أدى إلى ما كثر

الحديث ....

678 – في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من يحيى81 وم152.
679 – في المطبوع بالخلاف وما بين المعقوفين من يحيى81 وم152.

نص خليل كَبَيْعٍ وَسَلَفٍ وَسَلَفٍ بِمَنْفَعَةٍ لاَ مَا قَلَّ كَضَمَانٍ بِجُعْلٍ

متن الحطاب قصده للناس، وفي بعض النسخ قصدا فيكون الفاعل ضميرا مستترا في كثر عائد إلى ما، وقصدا تمييز محول عن الفاعل.

ص: كبيع وسلف ش: أي والممنوع الذي يكثر القصد إليه ويتحيل عليه بما هو جائز في الظاهر

391 أشياء/ متعددة منها بيع وسلف، واعلم أنه لا خلاف في المنع من صريح بيع وسلف، وكذلك ما أدى إليه، وهو جائز في الظاهر لا خلاف في المذهب بمنعه صرح بذلك ابن بشير وتابعوه وغيرهم، ومثال ذلك أن يبيع سلعتين بدينارين إلى شهر ثم يشتري إحداهما بدينار نقدا، وقاعدة مالك رضي الله عنه وأصحابه عد ما يخرج من اليد وعاد إليها لغوا وكأن البائع خرج من يده دينار وسلعة نقدا يأخذ [عنهما[680]] عند الأجل دينارين أحدهما عوض عن السلعة وهو بيع والثاني عوض عن الدينار المنقود وهو سلف.

ص: وسلف بمنفعة ش: وكذا ما أدى أيضا إلى سلف بمنفعة للمسلف بكسر اللام فإنه ممنوع اتفاقا كمن باع سلعة إلى أجل بعشرة ثم اشتراها بثمانية نقدا فإن ثوبه رجع إليه ودفع ثمانية يأخذ عنها بعد شهر عشرة، وإنما كان البيع والسلف بالمنفعة مما يكثر القصد إليهما لما فيهما من الزيادة والنفوس مجبولة على حبها، والباء في بمنفعة بمعنى مع وأتى الشيخ بالكاف في قوله: "كبيع وسلف" ليدخل ما يؤدي إلى ممنوع يكثر القصد إليه غير هذين المثالين كما لو أدى إلى الدين بالدين أو إلى صرف مستأخر أو مبادلة لا تجوز كما سيأتي، ولا فرق بين أن يكون المتبايعان قصدا الممنوع وتحيلا عليه بالجائز في الظاهر أو لم يقصداه وإنما آل أمرهما إلى ذلك. قال في التوضيح: المتهم عليه في هذا الباب كالمدخول عليه.اهـ. إلا أن الداخل عليه آثم آكل الربا كما أخبرت عائشة رضي الله عنها، ولا يقال كان ينبغي أن يكتفي بقوله: "سلف بمنفعة" عن قوله: "بيع وسلف" لأن البيع والسلف إنما منع؛ لأدائه إلى السلف بمنفعة؛ لأنا نقول هو وإن كان مؤديا إليه إلا أنه أبين في بعض الصور؛ لأنه تعليل بالمظنة فكان أضبط. اهـ. والله أعلم.

ص: لاقل كضمان بجعل ش: لما [كان[681]] مفهوم قوله: "كثر قصده" أن ما أدى إلى ما قل قصده لا يمنع وكان ذلك مختلفا فيه ومنقسما إلى قسمين: أحدهما أضعف من الآخر وكان الحكم فيهما على المشهور واحدا نبه على ذلك بقوله: ["لاقل"[682]] أي القصد إليه وهو على قسمين؛ لأنه إما أن يكون القصد إليه بعيدا جدا أو لا يكون بعيدا جدا، بل يكفي أن يقصدا فالثاني [كالمؤدي[683]] إلى ضمان بجعل مثل أن يبيع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر ثم يشتري منه عند الأجل أو قبله ثوبا بالعشرة فآل أمره إلى أنه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما إلى أجل ويكون الثاني جعلا له على الضمان، وحكى ابن بشير وابن شاس في ذلك قولين، وحكى ابن الحاجب القولين من

الحديث ....

---

680 – في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 ويحيى82 وسيد35 وم152.

681 – في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم153 ويحيى82 وسيد35.

682 *– في المطبوع لأقل وما بين المعقوفين من م153 ويحيى82 وسيد35.

683 – في المطبوع المودي وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم153 ويحيى82 وسيد35.

نص خليل

أَوْ أَسْلِفْنِي وَأُسْلِفَكَ فَمَنْ بَاعَ لأَجَلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِجِنْسِ ثَمَنِهِ مِنْ عَيْنٍ وَطَعَامٍ وَعَرْضٍ فَإِمَّا نَقْدًا أَوْ [لأَجَلٍ[684] نس] أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ بِمِثْلِ الثمَنِ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ يُمْنَعُ مِنْهَا ثَلاَثٌ وَهْيَ مَا [تُعُجِّلَ[685] نس] فِيهِ الأَقَلّ.

متن الحطاب

غير تشهير، إلا أنه قال في التوضيح: ظاهر المذهب الجواز لبعده، واقتصر في هذا المختصر عليه، ولا خلاف في منع ضمان بجعل لأن الشرع جعل الضمان والقرض والجاه لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت. قاله في التوضيح. وقال ابن بشير: ينبغي أن الخلاف خلاف في حال، فمتى ظهر القصد منع، ومتى لم يظهر جاز. اهـ بالمعنى. وما قاله بين فإنه قد يقصد ذلك لأجل حصول خوف أو غرر طريق وغير ذلك. والله أعلم.

ص: **أو أسلفني وأسلفك** ش: أي ومن الممنوع الذي يبعد القصد إليه جدا أسلفني وأسلفك بفتح همزة الأول؛لأنه أمر من باب الإفعال وضم همزة الثاني؛ لأنه مضارع منه وهو منصوب بأن مضمرة بعد الواو في جواب الأمر، ومثال ما أدى إلى أسلفني وأسلفك أن يبيع ثوبا بدينارين إلى شهر ثم يشتريه بدينار نقدا أو بدينار إلى شهرين فالسلعة قد رجعت إلى صاحبها ودفع الآن دينارا ويأخذ بعد شهر دينارين أحدهما عوض [عما[686]] كان أعطاه، والثاني كأنه أسلفه ليرده بعد شهر فالمشهور إلغاء هذا وعدم اعتباره، والشاذ لابن الماجشون اعتباره والمنع مما أدى إليه، ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصا ليسلفه بعد ذلك، واستبعد ابن عبد السلام أن يكون هذا أضعف مما قبله قال: لأن العادة طلب/ المكافأة على السلف بالسلف، وأجبت بأن المستبعد إنما هو الدخول على أن يسلفه الآن ليسلفه بعد شهر إذ الناس إنما يقصدون السلف عند الاضطرار إليه. والله أعلم. وأدخل الشيخ الكاف في قوله: "كضمان بجعل" ليدخل ما أشبهه في البعد كبيع دنانير بدنانير مؤخرة من جنسها إذا كانت الأولى أكثر؛ لأنه يبعد القصد إلى دفع كثير ليأخذ عنه قليلا وما أشبه ذلك مما سيأتي.

392

ص: **فمن باع لأجل ثم اشتراه بجنس ثمنه من عين وطعام وعرض فإما نقدا أو للأجل أو أقل أو أكثر بمثل الثمن أو أقل أو أكثر يمنع منها ثلاث وهي ما عجل فيه الأقل** ش: لما ذكر رحمه الله موجب فساد هذه البيوع بالإجمال شرع يذكر الممنوع منها من غير الممنوع على سبيل التفصيل، ولذا أتى بالفاء في قوله: "فمن باع لأجل"، والمعنى أن من باع شيئا يعرف بعينه من ذوات القيم لأجل ثم اشتراه بائعه من مشتريه، وسواء غاب عليه مشتريه أم لم يغب فإما أن يكون اشتراه بجنس ثمنه أو بغير جنسه فإن كان بغير جنسه فسيأتي، ويريد وبنوعه وصفته فإن اختلف شيء من ذلك فسيأتي حكمه، وقوله: "من عين وطعام وعرض" بيان للثمن المبيع به والمشترى به، والقصد أن هذه المسائل التي يذكرها هي فيما إذا كان الثمن الثاني موافقا للأول من كل وجه كما إذا باعه بدراهم واشتراه بدراهم من نوعها وسكتها أو باعه بذهب واشتراه بذهب من نوعه وسكته أو باعه بطعام

الحديث

....

---

[684] نس – للأجل نسخة.

[685] نس – قوله تعجل ضبطه عليش في الموضعين بالبناء للفاعل والظاهر بناؤه للمفعول به وبه شكل في نسخ.

[686] – في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم153 ويحيى82 وسيد35.

نص خليل ....

متن الحطاب واشتراه بطعام من صنفه وصفته أو باعه بعرض واشتراه بعرض بصفته، فإذا علم ذلك فإما أن يكون اشتراه بائعه الأول نقدا، أو اشتراه للأجل نفسه، أو اشتراه لأجل أقل من الأجل الأول، أو اشتراه لأجل أكثر من الأجل الأول؛ فهذه أربع صور، وفي كل صورة إما أن يشتريه بمثل الثمن الأول أو يشتريه بثمن أقل من الثمن الأول أو يشتريه بثمن أكثر من الثمن الأول، فهذه ثلاث صور في كل صورة من الصور الأربع، فاضرب ثلاثا في أربع يحصل من ذلك اثنا عشر صورة يمنع منها ثلاث ويجوز تسع، والجائزة ما لم يعجل فيه الأقل وهي ما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر نقدا أو إلى أجل دون الأجل هذه أربع [أو اشتراه[687]] إلى الأجل نفسه سواء كان بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ما لم يشترط عدم المقاصة كما سيأتي أو اشتراه لأبعد من الأجل بمثل الثمن أو أقل، والممنوعة [هي[688]] ما تعجل فيه الأقل وهي ما إذا اشتراه بأقل نقدا أو إلى أجل دون الأجل [أو بأكثر[689]] لأبعد؛ يريد ما لم يشترط المقاصة كما سيأتي، والمعجل للأقل في الأوليين البائع الأول وفي الثانية هو البائع الثاني، ولذا قال المصنف عجل بالبناء للمفعول، والتهمة في ذلك الخوف من سلف بمنفعة.

قال في الجواهر: وأصل هذا الباب اعتبار ما خرج من اليد وما عاد إليها، فإن جاز التعامل عليه مضى وإلا بطل فإن كان المبيع ثوبا مثلا أو غيره فاجعله ملغى كأنه لم يقع فيه عقد ولا [تبدل[690]] فيه ملك واعتبر ما خرج من اليد خروجا مستقرا انتقل الملك به وما عاد إليها، وقابل أحدهما بالآخر، فإن وجدت في ذلك وجها محرما لو أقر بأنهما عقدا عليه لفسخت عقدهما فامنع من هذا البيع لما تقدم من وجوب حماية الذرائع وإن لم تجد أخرت البياعات ثم تتهم مع إظهار القصد إلى المباح وتمنع وإن ظهر القصد إليه حماية أن يتوصلا أو غيرهما إلى الحرام. [اهـ.[691]] ويريد ما لم تبعد التهمة جدا فلا يلتفت إليها كما تقدم، وكذا أجاز أن يشتري سلعة بأكثر من الثمن الأول نقدا أو إلى أجل دون الأجل أو بأقل [لأبعد[692]] مع أنه لا يجوز أن يسلف لشخص اثني عشر

393 ليأخذ عنها عشرة؛ لأن/ أمرها صار إلى السلف، لكن لما كان القصد إلى هذا -أعني دفع الكثير ليأخذ [عنه[693]] قليلا- بعيدا لم يتهما على ذلك، وحمل أمرهما على ما ظهر من صورة البيع الجائز.

تنبيهات: الأول: قولنا شيئا يعرف بعينه من ذوات القيم احتراز مما إذا كان المبيع من المثليات، وسيأتي حكمه في كلام المؤلف.

الثاني: قوله: "للأجل" احتراز مما إذا كانت البيعة الأولى نقدا، واعلم أن البيعتين إما أن يكونا نقدا أو إلى أجل، أو الأولى نقدا والثانية إلى أجل، أو بالعكس، فإن كانتا نقدا حمل أمرهما على الجواز ولا

الحديث ....

687 *- في المطبوع واشتراه وما بين المعقوفين من م153 ويحيى82 وسيد35.

688 *- في المطبوع هل وما بين المعقوفين من م153 ويحيى82 وسيد35.

689 *- في المطبوع وبأكثر وما بين المعقوفين من م153 ويحيى82 وسيد35.

690 – في المطبوع وقع وما بين المعقوفين من ن عدود ص392 وم153 ويحيى82 وسيد35.

691 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 392 ويحيى82 وسيد35 وم153.

692 – في المطبوع لا أبعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص392 وم153 ويحيى82 وسيد35.

693 *- في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من م153 ويحيى83 وسيد35.

نص خليل ....

متن الحطاب يتهمان في شيء من ذلك باتفاق إلا أن يكونا من أهل العينة فيتهمان باتفاق. قاله ابن عرفة وعزاه لظاهر نقل المازري وعياض وغيرهما، فإن كان أحدهما من أهل العينة فذكر اللخمي عن أصبغ في كتاب محمد أنهما من أهل العينة لأن الآخر يعامله عليها قال اللخمي: يريد [إلا أن[694]] يكون الثاني من أهل الدين والفضل فلا يحمل على أنه عامله عليها ولم يذكر خلافه، وذكر ابن عرفة كلام اللخمي قال: وتبعه المازري [وابن محرز[695]] ونقل ابن محرز قول أصبغ كأنه المذهب ولم يعزه له ولم يقيده بشيء. [انتهى. وكذلك ابن رشد في المقدمات، وذكره على أنه المذهب ولم يعزه ولم يقيده بشيء،[696]] ونقله عنه صاحب الذخيرة ولم يذكر خلافه، [وذكر في الجواهر قول أصبغ معزوا له ولم يقيده ولم يذكر خلافه،[697]] وظاهر كلامه في التوضيح أن هذا قول ضعيف كما سيأتي في كلامه، فإن كانتا مؤجلتين قال ابن بشير: فيتهم سائر الناس.

وقال ابن عرفة: اتفاقا ولو لم يكن أحدهما من أهل العينة، فإن كانت الأولى مؤجلة فقال اللخمي وابن بشير وابن عرفة وغيرهم حكمها حكم ما إذا كانتا مؤجلتين، وإن كانت الأولى نقدا والثانية لأجل فذكر اللخمي والمازري قولين، وقال ابن بشير وتبعه ابن الحاجب المشهور أنه لا يتهم إلا أهل العينة والشاذ اتهام سائر الناس، فإن كانت الأولى نقدا لم يتهم على المشهور إلا أهل العينة فيهما، وقيل أو في أحدهما فشرحه في التوضيح. قال ابن عبد السلام: وأما إذا كانا معا نقدا فلا يتهم إلا أهل العينة باتفاق. وقوله: فيهما أو [في[698]] أحدهما يعني أنه إذا لم يتهم إلا أهل العينة فلا بد أن يكون المتبايعان من [أهلها[699]] [وقيل[700]] يكتفى بأحدهما وهو لمحمد ثم ذكر توجيه اللخمي وتقييده إياه فظاهره تضعيف قول أصبغ من أن ابن رشد وغيره لم [يحكوا[701]] خلافه كما تقدم. والله أعلم.

الثالث: قولنا اشتراه بائعه يريد سواء اشتراه بنفسه أو وكل غيره.

قال اللخمي: وإن وكل البائع أجنبيا واشتراها له بأقل لم يجز وفسخ. اهـ. وسواء علم الوكيل بأن السلعة باعها موكله أم لا، سواء علم البائع أنه وكيل المشتري أم لا. قاله في سماع عيسى من كتاب السلم والآجال. والله أعلم. وقال في المدونة: وإن بعت سلعة بثمن إلى أجل لم يجز أن يشتريها عبدك المأذون بأقل من الثمن نقدا إن كان يتجر لك، وإن اتجر بمال لنفسه فجائز. ثم قال في المدونة: [وإن باع عبدك[702]] سلعة بثمن إلى أجل لم يعجبني أن تبتاعها بأقل من الثمن نقدا إن كان العبد يتجر لك. قال الشيخ أبو الحسن: قوله

الحديث ....

694 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم153 ويحيى83 وسيد35.

695 – ساقطة من المطبوع وم153 ويحيى83 وسيد35 وما بين المعقوفين من ن عدود ص393.

696 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم153 ويحيى83 وسيد35.

697 – ساقطة من المطبوع وسيد35 وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم153 ويحيى83.

698 *– وردت في م153 ويحيى83.

699 *– في المطبوع أهلهما وما بين المعقوفين من م153 ويحيى83 وسيد35.

700 * – في المطبوع وقد، وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 53 وسيد 35 ويحيى 83.

701 *– في المطبوع يحك وما بين المعقوفين من م153 ويحيى83 وسيد35.

702 *– في المطبوع وإن عبدك باع وما بين المعقوفين من م154 ويحيى83 وسيد35.

نص خليل ....

متن الحطاب هنا لم يعجبني معناه لم يجز يفسره قوله المتقدم، وإنما قال لم يجز أن يشتريها عبدك المأذون لأنه وكيل. اهـ.

الرابع: يكره أن يشتري البائع السلعة لأبيه أو لأجنبي وكله على شرائها. قال أبو الحسن: قال أشهب في المجموعة في شراء السيد لما باعه عبده المأذون أو [شراء[703]] المأذون لما باعه سيده إذا اتجر لنفسه أو اشتراها البائع لابنه الصغير أو لأجنبي بأقل مما باعها أكره ذلك كله ولو نزل لم أفسخه. اهـ. قال في المدونة: ولا يعجبني أن تبتاعها لابنك الصغير بأقل من الثمن وإن وكلك على رجل بأقل لم يعجبني. قال الشيخ أبو الحسن: قوله لم يعجبني فيهما على بابها، وقول أشهب وفاق وحمله اللخمي على المنع. اهـ. وانظر ابن عرفة.

فرع: قال في النوادر: وإذا باع المقارض سلعة بثمن إلى أجل جاز لرب المال شراؤها بأقل منه. انتهى من ترجمة من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها من هو بسببه.

394 الخامس: قولنا غاب عليه مشتريها أو لم يغب إشارة إلى أن ما يعرف بعينه لا يفترق فيه الحكم/ بذلك بخلاف المثلي، وسيأتي إن شاء الله.

السادس: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخه عن الدمياطي عن ابن القاسم لو مات مبتاعها إلى أجل قبله جاز للبائع شراؤها من وارثه [لحلول[704]] الأجل بموته، ولو مات البائع لم يجز لوارثه إلا ما جاز له من شرائها. اهـ. وذكر ابن رشد المسألة في البيان في الرسم الآتي ذكره في التنبيه السابع. والله أعلم.

السابع: قولنا من مشتريه احتراز مما إذا باع المشتري لثالث ثم اشتراه البائع الأول من الثالث إلا أن يكون الثالث ابتاعه من المشتري بالمجلس بعد القبض ثم ابتاعه الأول منه بعد ذلك في موضع واحد فيمنع. قال في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال: وسئل مالك عن رجل ممن يبيع السلعة من الرجل بثمن إلى أجل فإذا قبضها منه ابتاعها منه [رجل[705]] حاضر كان قاعدا معهما فباعها منه ثم إن الذي باعها للأول اشتراها منه بعد ذلك في موضع واحد. قال: لا خير في هذا وأراه كأنه محلل بينهما، وقال: إنما يريدون إجازة المكروه. قال سحنون: وأخبرني ابن القاسم عن ابن دينار وقال: هذا مما يضرب عليه عندنا. وهذا مما لا يختلف [فيه أنه[706]] مكروه، ويرى أن يزجر عنه وأن يؤدب من فعله. قال ابن القاسم: ورأيتها عند مالك من المكروه البين. قال ابن رشد: هذا صحيح على طرد القياس في الحكم بالمنع من الذرائع؛ لأن المتبايعين إذا اتهما على أن [يظهرا أن[707]] أحدهما باع سلعة من صاحبه بخمسة عشر إلى أجل ثم اشتراها منه بعشرة نقدا

الحديث ....

703 – في المطبوع شرائه وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم154 ويحيى83.

704 – في المطبوع بحلول وسيد36 وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم154 ويحيى83.

705 – في المطبوع ورجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم154 ويحيى83 وسيد36.

706 – في المطبوع فيه وأنه وما بين المعقوفين من يحيى83 وفي م154 وسيد36 في أنه.

707 *– في المطبوع إلى وم154 ويحيى83 وسيد36 وما بين المعقوفين من ن ز ص394.

نص خليل وَكَذَا لَوْ أَجِّلَ بَعْضُهُ مُمْتَنِعٌ مَّا تُعُجِلَ فِيهِ الأَقَلُّ أَوْ بَعْضُهُ.

متن الحطاب ليتوصلا به إلى استباحة دفع عشرة في خمسة عشر إلى أجل وجب أن يتهما على ذلك وإن اشتراها الذي باعها من غير الذي باعها منه إذا كان ذلك في مجلس واحد لاحتمال أن يكونا إنما أدخلا هذا الرجل فيما بينهما [لتبعد[708]] التهمة عن أنفسهما، ولا تبعد عنهما به؛ لأن التحيل به يمكن بأن [يقولا لرجل[709]] مثلهما في قلة الرغبة تعال فاشتر من هذا الرجل هذه السلعة التي يبيعها منه بخمسة عشر إلى أجل بعشرة نقدا وأنا أبتاعها منك بذلك، أو بربح دينار فتدفع إليه العشرة التي تأخذ مني ولا تزن من عندك شيئا، فيكون إذا كان الأمر على هذا قد رجعت إلى البائع الأول سلعته ودفع إلى الذي باعها منه عشرة دنانير يأخذ بها منه خمسة عشر إلى أجل ويكون إن كان ابتاعها من الثاني بربح دينار على الشرط المذكور قد أعطاه ذلك الدينار ثمنا لمعونته إياه على الربا. انتهى. وقال في الشامل: ولو [ابتاعه[710]] لأجل، ثم اشتراه ثالث بالمجلس بعد القبض ثم ابتاعه الأول منه بعد ذلك في موضع واحد منع. اهـ.

ص: **وكذا لو أجل بعضه ممتنع ما تعجل فيه الأقل أو بعضه** ش: الضمير المضاف إليه بعض عائد على الثمن الثاني؛ يعني فإن كان الثمن الثاني بعضه نقدا وبعضه مؤجلا فترد القسمة إلى المؤجل، فيقال إما أن يكون إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل، وعلى كل حال فالثمن الثاني جميعه إما مساو [للأول[711]] أو أقل أو أكثر، فهذه تسع مسائل، وانتفت صور النقد الثلاث لأن الفرض أن بعض الثمن مؤجل فلا يصح أن يكون معجلا، وبين الممتنع من هذه التسع بقوله: "ممتنع ما تعجل فيه الأقل أو بعضه" فقوله: "ممتنع" خبر مقدم، و "ما تعجل فيه" مبتدأ، ويجوز أن يكون قوله: "ممتنع" مبتدأ، وما بعده فاعل على مذهب من لا يشترط الاعتماد، ويدخل في كلامه أربع صور وهي المنوعة، وهي ما إذا باع سلعة بعشرة إلى شهرين ثم اشتراها بأقل من الثمن الأول؛ أي تسعة فأقل عجل منها خمسة مثلا وأخر أربعة، سواء أخرها إلى دون الأجل أو إلى الأجل أو إلى أبعد من الأجل، أو اشتراها بأكثر من الثمن الأول وعجل بعض الثمن وأخر بعضه إلى أبعد من الأجل الأول، فأما الأولى وهي ما إذا اشتراها بتسعة وعجل منها خمسة فأجل الأربعة إلى أجل دون الأجل الأول فلأن ثوبه قد رجع إليه ودفع الآن خمسة وبعد [شهر[712]] أربعة يأخذ

395

عنها عشرة عند تمام الشهر/ الثاني، وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل، وأما الثانية وهي ما إذا كانت الأربعة مؤجلة إلى الشهر الثاني نفسه فلأنه سقط من العشرة قدرها لأجل المقاصة فآل الأمر إلى أن البائع دفع الآن خمسة يأخذ عنها بعد شهر ستة، وكذلك في الثالثة وهي ما إذا كانت الأربعة مؤخرة إلى أبعد من الأجل الأول فإنه يسقط من العشرة قدرها، وآل الأمر إلى أن دفع خمسة الآن يأخذ

الحديث ....

---

708 *- في المطبوع لبعد وما بين المعقوفين من البيان ص90 ج7.

709 *- في المطبوع يقول الرجل وما بين المعقوفين من البيان ج7 ص90 و م154 ويحيى83 وسيد36.

710 – في المطبوع ابتاعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم154 ويحيى83 وسيد36.

711 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم154 ويحيى83 وسيد36.

712 – في المطبوع أشهر وسيد36 وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم154 ويحيى84.

نص خليل كَتَسَاوِي الأَجَلَيْنِ إنْ شَرَطَا نَفْيَ الْمَقَاصَّةِ لِلدَّيْنِ بِالدَّيْنِ وَلِذَلِكَ صَحَّ فِي أَكْثَرَ لأَبْعَدَ إذَا شَرَطَاهَا وَالرَّدَاءَةُ وَالْجَوْدَةُ كَالْقِلَّةِ وَالْكَثْرَةِ.

متن الحطاب عنها بعد شهر ستة، وهاتان الصورتان تعجل فيهما بعض الأقل، وأما الرابعة فكما لو باع سلعة بعشرة إلى شهر ثم اشترى السلعة باثني عشر عجل منها خمسة وأجل السبعة إلى شهرين فإن الثوب قد رجع إليه ودفع الآن خمسة يأخذ عنها مثلها عند تمام الشهر الأول، ويدفع له المشتري خمسة أخرى حينئذ يعطيه البائع عوضا عنها بعد الشهر سبعة، وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل [فأو[713]] في قول المصنف: "أو بعضه" للتنويع بتعجيل الأقل جميعه في الصورة الأولى والرابعة وتعجيل بعضه في الثانية والثالثة، وبقية الصور وهي خمسة جائزة، وهي ما إذا باع السلعة بعشرة إلى شهر ثم اشتراها بعشرة عجل بعضها وأجل البعض الآخر إلى أجل دون الأجل الأول أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل أو اشتراها باثني عشر وعجل بعضها وأجل البعض الثاني إلى أجل دون الأجل الأول أو إلى الأجل نفسه، ومنع ابن الماجشون من هذه الصور الخمس الجائزة الصورة الثالثة؛ وهي ما إذا باع السلعة بعشرة إلى شهر ثم اشتراها بعشرة عجل منها خمسة وأخر الخمسة الأخرى إلى [شهرين[714]] بناء [على اعتبار[715]] أسلفني وأسلفك؛ لأن الثوب رجع إلى صاحبه وآل الأمر إلى أن البائع سلف المشتري خمسة الآن على أن يعطيه بعد شهر عشرة خمسة قضاء ويسلفه خمسة المشهور الجواز بناء على عدم أسلفني وأسلفك. والله أعلم.

ص: **كتساوي الأجلين إن شرطا نفي المقاصة للدين بالدين ولذلك صح في أكثر لأبعد إذا شرطاها**

ش: قد تقدم أنه يأتي بالكاف في قوله: "كبيع وسلف" ليدخل فيه ما أشبهه كالدين بالدين فإن التهمة على ذلك معتبرة فلأجل ذلك منع ما أصله الجواز، وهي ما إذا تساوى الأجلان إذا اشترطا نفي المقاصة لما فيه من عمارة الذمتين سواء كان الثمن الأول مساويا للثمن أو أقل أو أكثر، ومفهوم قوله: "إن شرطا نفي المقاصة" أنهما لو لم يشترطا نفيها جاز سواء شرطاها أو سكتا عنها وهو كذلك؛ لوجوب الحكم بها وإن لم يشترطاها، ووجوب المقاصة ينفي التهمة قد صرح بذلك الرجراجي وغيره.

تنبيه: قال في الجواهر: إذا اشترطا المقاصة جازت الصور كلها يعني الاثني عشر صورة لارتفاع التهمة. اهـ. وهو ظاهر، ولأجل اعتبار هذه التهمة جاز ما أصله المنع وهو ما إذا اشتراها بأكثر لأبعد إذا شرطا المقاصة للسلامة حينئذ من دفع قليل في كثير والضمير في شرطاها للمقاصة.

ص: **والرداءة والجودة كالقلة والكثرة** ش: قد [تقدم أن[716]] الكلام الأول فيما إذا اتحد الثمنان من كل وجه بأن يتحدا في الجنس والنوع والسكة والصفة وذكر هنا حكم ما إذا اختلفا في الصفة مع اتحاد النوع فذكر أن الحكم السابق يجري هنا، وأن الرداءة كالقلة والجودة كالكثرة، ففي

الحديث ....

[713] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم154 ويحيى84 وسيد36.

[714] - في المطبوع شهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395 وم154 وسيد36 ويحيى84.

[715] - في المطبوع عدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم154 ويحيى84 وسيد36.

[716] - في المطبوع تقدم أنه يأتي بالكاف في قوله كبيع وسلف أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم155 ويحيى84 وسيد36.

نص خليل وَمُنِعَ بِذَهَبٍ وَفِضَّةٍ إِلاَّ أَنْ يُعَجِّلَ [أَكْثَرُ[717] ـس] مِنْ قِيمَةِ الْمُتَأَخِّرِ جِدًا.

متن الحطاب كلامه لف ونشر مرتب، ويأتي هنا أربع وعشرون صورة؛ لأنه إذا باعها بدراهم جيدة ثم أشتراها بردیئة كان في ذلك الاثنا عشر صورة المتقدمة، وكذلك في العكس؛ أعني إذا باعها بدراهم رديئة ثم اشتراها بجيدة يمتنع منها ما عجل فيه الأقل والأدنى. كذا في بعض نسخ ابن الحاجب، وفي بعضها فإن اختلفا في الجودة والرداءة امتنع.

قال في التوضيح: النسخة الأولى أولى لاقتضاء هذه المنع فيما إذا باعه بعشرة يزيدية إلى شهر ثم اشتراه بعشرة محمدية نقدا. اهـ.

396 وقوله/ "يمتنع ما تعجل فيه الأقل والأدنى" يقتضي أن ما انتفى منه الأمران يجوز والذي يظهر من كلامهم كما سيأتي في مسألة اختلاف السكة الآتية أن مسائل الأجل الثمانية عشر كلها ممتنعة لاشتغال الذمتين فيؤدي للدين بالدين لأنه لا يحكم له حينئذ بالمقاصة، وأما مسائل النقد الست فيجوز منها صورتان، وهي ما إذا اشترى السلعة بمثل الثمن أو أكثر نقدا والدراهم التي اشتراها بها أجود من الدراهم التي باع بها والأربعة الباقية ممتنعة بقوله: "يمتنع ما عجل فيه الأقل والأردأ"، فإن كانت الدراهم التي اشترى بها أردأ من التي باع بها امتنع الصور الثلاث؛ أعني سواء اشتراه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، وإذا كانت الدراهم التي اشترى بها أجود امتنع منها صورة واحدة؛ وهي ما إذا اشترى السلعة بأقل من الثمن الذي باع به. والله أعلم.

ص: ومنع بذهب وفضة إلا أن يعجل أكثر من قيمة المتأخر جدا ش: لما ذكر حكم ما إذا اتفق المثلان في النوع ذكر [هنا[718]] حكم ما إذا اختلفا فيه واختلفا في الجنس كما إذا باع سلعته بدراهم ثم اشتراها بدنانير أو بالعكس فذكر أن ذلك لا يجوز؛ لأنه صرف تأخر فيه أحد النقدين أو كلاهما لأن سلعته رجعت إليه، فإن كان الثمن الثاني نقدا فقد تأخر أحد النقدين، وإن كان مؤجلا فقد تأخر النقدان معا، وكذا لو عجل البعض وأخر البعض الآخر، واستثنى المصنف ما إذا كان المعجل أكثر من قيمة المتأخر جدا لبعد التهمة حينئذ على الصرف المتأخر.

قال في المدونة: "وإن بعته بثلاثين درهما إلى شهر" يعني الثوب فلا تبتعه بدينار نقدا فيصير صرفا مؤخرا، ولو ابتعته بعشرين دينارا جاز لبعدكما من التهمة، وإن بعته بأربعين إلى شهر جاز أن تبتاعه بثلاثة دنانير لبيان فضلها، ولا يعجبني بدينارين وإن ساوياها في الصرف. انتهى. ومنع أشهب ذلك مطلقا مبالغة للاحتياط للصرف وقيل يجوز إذا ساوى المعجل قيمة المؤخر.

قال أبو الحسن الصغير: تحصيل المسألة إن كان النقدان إلى أجل لم يجز قولا واحدا، وكذا إن كان أحدهما نقدا والآخر مؤجلا والنقد أقل من صرف المؤخر وإن كان مثله أو أكثر فقولان قال أشهب: لا يجوز مطلقا، ومذهب ابن القاسم في الكتاب أنه [إن[719]] كان مثل [الصرف[720]] المؤخر أو أكثر بشيء [قليل لم[721]] يجز وإن كان أكثر بشيء

الحديث ....

---

[717] ـس – قوله يعجل أكثر ضبطه عليش بفتح الجيم وبه شكل في نسخة مطبوعة وبرفع أكثر وظاهر تقرير تت أنه بالبناء للفاعل ونصب أكثر وبه شكل في بعض النسخ القلمية.

[718] – في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص396 وم155 ويحيى84 وسيد36.

[719] *– سقطت من المطبوع ووردت في م155 وسيد36 ويحيى84.

[720] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م155 وسيد36 و يحيى84 .

[721] *– في المطبوع قليل إن لم وما بين المعقوفين من م155 وسيد36 ويحيى84.

نص خليل وَبِسِكَّتَيْنِ إِلَى أَجَلٍ كَشِرَائِهِ لِلأَجَلِ بِمُحَمَّدِيَّةٍ مَا بَاعَ بِيَزِيدِيَّةٍ.

متن الحطاب كثير جاز، ومفهوم قوله: "بعشرين دينارا" أنه لو كان أقل من عشرين لم يبعدا عن التهمة وليس كذلك بل يبعدان بخمسة عشر وبعشرة. انتهى.

قلت: بل وبأقل من ذلك كما يفهم من آخر كلامه في المدونة. قال أبو الحسن: وقوله لبيان فضلها؛ لأن أربعين درهما صرف دينارين ويبقى دينار وهذا على ما جرت به عادته في الكتاب أن صرف الدينار عشرون درهما.

ص: وبسكتين إلى أجل كشرائه [للأجل[722]] بمحمدية ما باع بيزيدية ش: قد تقدم أن الكلام أولا فيما إذا اتفق الثمنان من كل وجه، ثم ذكر هنا ما إذا اختلفا في السكة فذكر أنه إن تأجل الثمنان منع مطلقا، وذلك شامل لثمان عشرة صورة لأن الثمن الثاني إما مؤجل لأجل دون الأجل أو للأجل نفسه أو لأبعد إما بمثل الثمن أو أقل أو أكثر من ضرب ثلاث في ثلاث بتسع ثم لا يخلو إما أن تكون السكة الثانية أجود من الأولى أو أردأ، ثم مثل بصورة من ذلك يتوهم فيها الجواز من وجهين بل من ثلاث وهي ما إذا باعه السلعة مثلا بعشرة دراهم يزيدية ثم اشتراها بعشرة محمدية إلى الأجل نفسه فيتوهم الجواز فيه من اتفاق الثمنين في العدد وفي الأجل ومن كون المحمدية أجود من اليزيدية.

قال ابن غازي: وهو عكس ما فرضه [في[723]] المدونة إذ قال: وإن بعت ثوبا بعشرة دراهم محمدية إلى شهر فلا تبتعه بعشرة يزيدية إلى ذلك الشهر. كذا اختصره أبو سعيد. زاد ابن يونس: لرجوع ثوبك [إليك،[724]] وكأنك بعت يزيدية [بمحمدية[725]] إلى الأجل [وإنما[726]] قصد المصنف

397 العكس؛ لأنه مختلف فيه، فبين مختاره من/ الخلاف، وقد ذكر المازري أن في كون علة منع مسألة المدونة اشتغال الذمتين بسكتين مختلفتين، أو لأن اليزيدية دون المحمدية طريقين للأشياخ وعليهما منع عكس مسألة المدونة وجوازه، وعزا ابن محرز الأولى لأكثر المذاكرين والثانية لبعضهم. انتهى.

والظاهر في علة المنع إنما هو اشتغال الذمتين لا لأن اليزيدية دون المحمدية؛ لأن غاية ذلك أن يكون بمنزلة [القلة[727]] وقد تقدم [أنه[728]] إذا تساوى الأجلان فالبيع جائز، سواء كان الثمن الثاني أقل أو أكثر أو مساويا، لكن تقدم أنهما إذا اشترطا نفي المقاصة منعت هذه الصورة واختلاف السكتين كاشتراط نفي المقاصة؛ لأنه لا يقضى بها حينئذ. والله أعلم. ومفهوم قوله: "إلى أجل" أنه إذا اشتراها نقدا جاز، وفي ذلك ست صور؛ لأنه بمثل عدد الثمن الأول أو أكثر أو أقل وعلى كل حال

الحديث ....

---

722 – في المطبوع لأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص396 وسيد36 وم155 ويحيى84.

723 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص396 وم155 ويحيى85 وسيد36.

724 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص396 وم155 ويحيى85 وسيد36.

725 *– في المطبوع لمحمدية وما بين المعقوفين من م155 ويحيى85 وسيد36.

726 – في المطبوع إنما وما بين المعقوفين من سيد36 وم155 ويحيى85.

727 – في المطبوع العلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 وم155 ويحيى85 وسيد36.

728 – في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 وم155 ويحيى85 وسيد36.

نص خليل

وَإن اشْتَرَى بِعَرْضٍ مُخَالِفٍ ثَمَنَهُ جَازَتْ ثَلَاثُ النَّقْدِ فَقَطْ وَالْمِثْلِيّ صِفَةً وَقَدْرًا كَمِثْلِهِ فَيُمْنَعُ بِأقلّ لأجلِهِ أوْ لأبْعَدَ إنْ غَابَ مُشْتَرِيهِ بِهِ وَهَلْ غَيْرُ صِنْفِ طَعَامِهِ كَقَمْحٍ وَشَعِيرٍ مُخَالِفٌ أوْ لاَ تَرَدُّدٌ وَإنْ بَاعَ مُقَوَّمًا فَمِثْلُهُ كَغَيْرِهِ كَتَغَيُّرِهَا كَثِيرًا.

متن الحطاب

فالثمن الأول إما أجود سكة أو بالعكس وليس على إطلاقه بل ينظر فإن كان الثمن الأول أجود سكة فيمتنع لما تقدم أن الجودة والرداءة كالقلة والكثرة وإن كان الثاني أجود، فإن كان بأقل من عدد الأول فيمتنع أيضا، وإن كان مثل عدد الأول أو أكثر جاز، فالجائز من مسائل النقد الست ثنتان فقط وهي ما إذا اشتراه بسكة أجود وكان عدد الدراهم الثانية مثل عدد الأولى أو أكثر. وانظر أبا الحسن وابن يونس. والله أعلم.

ص: **وإن اشترى بعرض مخالف ثمنه جازت [ثلاث[729]] النقد فقط** ش: لما ذكر أولا اختلاف نوعي الثمن كما إذا كان أحدهما ذهبا والآخر فضة ذكر هنا اختلاف جنسهما، وذلك شامل لما إذا كان أحد الثمنين نقدا والآخر عرضا، أو كل منهما عرض لكنهما مختلفان، وما ذكره ابن غازي ظاهر فراجعه، ورأيت بخط القاضي عبد القادر الأنصاري رحمه الله على حاشية التوضيح للشيخ خليل عند قوله: "فإن كانا" أي العرضان نوعين جازت الصور كلها إذ لا ربا في العروض. قال الشيخ خليل تبعا لابن عبد السلام: مراده بالصور كلها صور النقد الثلاثة، وأما صور الأجل التسع فممتنعة لأنه دين بدين. اهـ. قال القاضي المذكور: قال شيخنا البساطي رحمه الله: مراده الاثنا عشر ولا أسلم لهم ما قالوا. اهـ. ولم أقف على هذا الكلام للبساطي في شرحه على المختصر، ولعل القاضي سمعه من لفظه. والله أعلم. والحق ما قاله الشيخ خليل وابن عبد السلام كما بينه ابن غازي. والله أعلم.

ص: **والمثلي صفة وقدرا كمثله فيمنع [بأقل[730]] لأجله أو أبعد إن غاب مشتريه به** ش:

398 قد تقدم الكلام أولا فيما إذا باع شيئا يعرف/ بعينه من ذوات القيم وتكلم الآن فيما إذا كان المبيع شيئا لا يعرف بعينه من ذوات الأمثال فذكر أن مثله في الصفة والمقدار يقوم مقامه، ومعنى المسألة أن من باع شيئا من المثليات إلى أجل ثم اشترى من المشتري مثل ذلك المثلي في الصفة والمقدار فكأنه اشترى ما باعه فيمتنع في ذلك الصور الثلاث المتقدمة، وصورتان أخريان أشار إليهما بقوله: "فيمتنع بأقل لأجله أو أبعد" ولذلك كانت الواو أنسب كما قال ابن غازي، وأن الشرط مختص [بالصورتين[731]] الأخيرتين، وعلة المنع كما قاله في التوضيح أنهم يعدون الغيبة على المثلي سلفا فصار كأن البائع أسلف المشتري إردبا على أن يعطيه دينارا بعد شهر ويقاصه بالدينار عند الأجل. اهـ. وذلك لأن فرض المسألة فيما إذا باع إردبا بدينارين إلى شهر ثم اشتراه بدينار إلى ذلك الشهر يريد أو إلى أبعد منه. ثم قال: ولا يقال إذا غاب على ما يعرف بعينه فقد انتفع به والسلف لا يتعين فيه رد المثل بل يجوز فيه رد العين والمثل فلم لا يعدونه سلفا؛ لأنا نقول لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك فخرجا عن حقيقة السلف وفيه نظر. اهـ. كلام التوضيح. والله أعلم. وتصوره ظاهر، ومفهوم

الحديث

....

[729] – في المطبوع ثلاثة ومابين المعقوفين من م156 ويحي 85 وسيد36

[730] – في المطبوع ما قل ويحيى85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 وم156 وسيد36.

[731] – في المطبوع في الصورتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 وم156 وسيد36 ويحيى85.

نص خليل

وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدَ ثَوْبَيْهِ لأَبْعَدَ مُطْلَقًا أَوْ أَقَلَّ نَقْدًا امْتَنَعَ لاَ بِمِثْلِهِ أَوْ أَكْثَرَ.

متن الحطاب

قوله: "صفة وقدرا" أنه لو اختلف في الصفة أو في القدر لكان الحكم خلاف ذلك وهو كذلك، أما إذا خالفه في الصفة فسيصرح بحكمه في قوله: "وهل غير صنف طعامه" إلى آخره، وأما إذا خالفه في القدر فلا يخلو إما أن يشتري أقل مما باعه أو أكثر، فإن اشترى أقل مما باعه فهو بمنزلة ما إذا باع سلعتين إلى أجل ثم اشترى إحداهما، وسيأتي حكمها في كلام المصنف، وأنه يمتنع فيها خمس صور وهي ما إذا اشترى أحد السلعتين لأبعد من الأجل، سواء كان بمثل الثمن أو أكثر لأنه سلف جر منفعة، أو أقل لأنه بيع وسلف، أو بأقل من الثمن نقدا أو إلى أجل دون الأجل لأنه بيع وسلف، لكن لا بد في مسألة المثلي من زيادة تفصيل، وذلك لأنه إما أن يغيب عليه أو لا، فإن لم يغب عليه فحكمه حكم ما يعرف بعينه فتمتنع الخمس المتقدمة، وأما إن غاب عليه فتمتنع فيه صورة أخرى وهي أن يشتريه بأقل من الثمن إلى مثل الأجل لأنه بيع وسلف؛ لأن ما رجع للبائع فهو سلف، وإذا حل الأجل قاصه المشتري بما في ذمته ثم يعطيه ما بقي ثمنا للمتأخر.

واختلف في صورة سابعة وهي أن يبتاع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة فإن قول مالك اختلف فيها واضطرب فيها المتأخرون. والله أعلم. وإن اشترى أكثر مما باعه فهو بمنزلة ما إذا باع سلعة إلى أجل ثم اشتراها مع سلعة أخرى، وسيأتي حكمها في كلام المصنف، وأنه يمتنع فيها سبع صور، وهي ما إذا اشترى نقدا أو إلى أجل دون الأجل، سواء كان بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر، أما إذا كان بمثل الثمن أو أقل فلأنه سلف جر نفعا، وأما إذا كان أكثر فلأنه بيع وسلف، ويمتنع أيضا لأبعد بأكثر لأنه بيع وسلف، ولكن لا بد في مسألة المثلي من تفصيل وهو إما أن يكون ذلك قبل الغيبة أو بعد الغيبة عليه، فإن كان قبل الغيبة فحكمه حكم ما يعرف بعينه، وإن كان بعد الغيبة عليه فتمتنع الصور كلها. قاله في التوضيح إما لسلف جر نفعا وإما للبيع والسلف.

ص: **وإن اشترى أحد ثوبيه لأبعد مطلقا أو أقل نقدا امتنع لا بمثله أو أكثر** ش: يعني أن من باع ثوبين مثلا بعشرة إلى شهر ثم اشترى أحدهما بثمن مؤجل لأبعد من الأجل الأول كأن يشتريه لشهرين مثلا فإن ذلك لا يجوز، سواء اشتراه بمثل الثمن الأول أو أقل منه أو بأكثر، أما إذا اشتراه بمثل الثمن فلأن أحد ثوبيه قد رجع إليه وصار كأنه دفع ثوبا للمشتري على أن يسلفه بعد شهر عشرة يردها إليه بعد شهرين وذلك سلف يجر نفعا، وإن اشتراه بأكثر فذلك واضح، وإن اشتراه بأقل ففيه البيع والسلف لأنه إذا اشتراه بخمسة مثلا إلى أبعد من الأجل فالعشرة التي يأخذها في الأجل بعضها ثمن/ للثوب وبعضها سلف يرده بعد شهر، وقوله: "أو أقل" أي وكذا يمتنع أن يشتري أحدهما بأقل من الثمن الأول نقدا للبيع والسلف؛ لأن أحد ثوبيه رجع إليه وخرج من يده ثوب ودراهم أقل من عشرة يأخذ عن ذلك بعد شهر عشرة معا فما يقابل الدراهم التي دفعها سلف والباقي ثمن وكذا الحكم فيما إذا اشتراه بأقل إلى أجل دون الأجل، وأطلق المصنف النقد على الصورتين لاشتراكهما في الحكم والعلة.

399

الحديث ....

نص خليل وَامْتَنَعَ بِغَيْرِ صِنْفِ ثَمَنِهِ إلاَّ أنْ يَكْثُرَ الْمُعَجَّلُ وَلَوْ بَاعَهُ بِعَشَرَةٍ ثمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ سِلْعَةٍ نَقْدًا مُطْلَقًا أوْ لأبْعَدَ بِأكْثَرَ أوْ بِخَمْسَةٍ وَسِلْعَةٍ امْتَنَعَ.

متن الحطاب **تنبيه:** قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: إنما تظهر هذه التهمة إذا كان الثوب الباقي [قيمته[732]] قدر الزائد على الدراهم المعجلة، وأما لو كان يساوي أكثر من ذلك فالتهمة بعيدة، وينبغي على أصل ابن القاسم الجواز إذا اتضح ارتفاع التهمة كما أجاز في الصرف إذا كانت قيمة المعجل أكثر من قيمة المتأخر جدا، وقوله: "لا بمثله [أو أكثر"[733]] أي لا بمثل الثمن [أو أكثر[734]] منه [أي[735]] والمسألة بحالها إما نقدا أو إلى أجل دون الأجل، وبقي من صور المسألة الثلاث التي للأجل وسكت عنها لوضوح جوازها.

ص: وامتنع بغير صنف ثمنه إلا أن يكثر المعجل ش: مراده بغير الصنف أن يكون الثمن الأول ذهبا والثاني فضة، أو الأول محمدية والثاني يزيدية فيؤل الأمر إلى أن البائع رجع إليه أحد ثوبيه وخرج من يده ثوب وذهب، يأخذ عنه عند الأجل فضة أو خرج من يده ثوب ومحمدية يأخذ عنها عند الأجل يزيدية وذلك ممتنع مطلقا؛ أي سواء كان الثمن الثاني أقل من الثمن الأول أو أكثر أو مساويا نقدا أو إلى [أجل[736]] دون الأجل [أو إلى الأجل[737]] نفسه أو إلى أبعد من الأجل، واستثنى المصنف من ذلك ما إذا كان النقد المعجل أكثر من المؤجل جدا وأصله للخمي وابن الحاجب.

ص: ولو باعه بعشرة ثم اشتراه مع سلعة نقدا مطلقا أو لأبعد بأكثر ش: يعني إذا باع ثوبا بعشرة مثلا إلى شهر ثم اشتراه مع ثوب آخر نقدا امتنع ذلك مطلقا؛ أي سواء اشتراه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر لأن ثوبه رجع إليه وخرج من يده عشرة مثلا أخذ عنها ثوبا ثم يأخذها بعد شهر، وإن اشتراه بثمانية فذلك [أوضح[738]] في الفساد، وإن اشتراه باثني عشر فالعشرة المردودة سلف والزائد ثمن للثوب المزيد فجاء البيع والسلف، وحكم ما إذا اشتراه لأجل دون الأجل كذلك، وإن اشتراه لأبعد من الأجل باثني عشر مثلا ففيه البيع والسلف إلا أن المسلف هنا المشتري؛ لأنه دفع إلى البائع ثوبا مع ثوبه وبعد شهر يدفع له عشرة ثم يأخذ بعد شهرين اثني عشر منها عشرة قضاء واثنان ثمن للثوب.

ص: أو بخمسة وسلعة ش: هذه عكس المسألة التي قبلها فإن زيادة السلعة في الأولى كانت من المشتري وهذه من البائع، ومعناها أن من باع سلعة بعشرة إلى شهر مثلا ثم اشتراها بثمن من جنس الأول وسلعة أخرى، وصورها اثنا عشر صورة؛ لأن البيعة الثانية إما بأقل من الثمن الأول أو بمثله أو

الحديث ....

---

732 – في المطبوع قيمة وسيد37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 وم156 ويحيى86.
733 – في المطبوع وأكثر ويحيى86 وسيد37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 وم156.
734 – في المطبوع وأكثر ويحيى86 وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 وم156 وسيد37.
735 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 وم156 ويحيى86 وسيد37.
736 *– وردت في م156.
737 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد37 وفي م156 أو للاجل.
738 – في المطبوع ويحيى86 وم156 واضح وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 ويحيى86 وسيد37.

نص خليل لاَ بِعَشَرَةٍ وَسِلْعَةٍ وَبِمِثْلٍ أَوْ أَقَلَّ لأَبْعَدَ وَلَو اشْتَرَى بِأَقَلَّ لأَجَلِهِ ثُمَّ رَضِيَ بِالتَّعْجِيلِ [قَوْلاَنِ[739] نص] كَتَمْكِينِ بَائِعٍ مُتْلِفٍ مَا قِيمَتُهُ أَقَلُّ مِنَ الزِّيَادَةِ عِنْدَ الأَجَلِ.

متن الحطاب 400

بأكثر على كل حال، فإما نقدا أو إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل الأول. فقول المصنف: "بخمسة وسلعة" مثال/ لما اشتراها بأقل من الثمن الأول مع سلعة وذكر الخمسة تمثيل، ويريد المصنف والمسألة بحالها من كون الثمن نقدا أو إلى أجل دون الأجل أو لأبعد والعلة في الثلاث البيع والسلف إلا أن السلف في المسألتين الأوليين وهي ما إذا اشتراه بخمسة وسلعة نقدا أو إلى أجل دون الأجل من أجل البيع، وفي الثالثة وهي ما إذا اشتراه بسلعة وخمسة إلى أبعد من أجل المشتري وبقيت من صور ما إذا كان الثمن الثاني أقل من الأول صورةٌ واحدةٌ وهي ما إذا كان مؤجلا إلى الأجل الأول وهي جائزة ولوضوحها سكت المصنف عنها، وأشار بقوله:

ص: لا بعشرة وسلعة ش: إلى ما إذا كان الثمن الثاني مثل الأول فذكر أن ذلك جائز يريد بشرط أن يكون نقدا أو إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل وأما لأبعد من الأجل فممتنع عملا بقوله: "أولا يمتنع منها ثلاث وهي ما عجل فيه الأقل" لأن المشتري يأخذ السلعة المعجلة ويسلف البائع عشرة بعد شهر ويأخذها بعد شهر آخر، وسكت المصنف عما إذا اشتراها بسلعة وأكثر من الثمن الأول؛ كما لو اشتراها بسلعة واثني عشر، وحكمها حكم ما إذا اشتراها بعشرة ومثل الثمن الأول فيجوز إذا كان الثمن نقدا أو إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل نفسه ويمتنع إلى أبعد من الأجل وهو واضح، ولو قال المصنف لا بعشرة فأكثر إلا لأبعد لوفى بجميع ذلك بالنص. والله أعلم. وما ذكرناه من الجواز فيما إذا كانت البيعة الثانية بعشرة فأكثر وسلعة هو مذهب ابن القاسم. قال ابن الحاجب: خلافا لابن الماجشون، [لأنه[740]] جعل السلعة العائدة إلى يد البائع وهي التي خرجت من يده أولا مبيعة بالثانية الخارجة من يده ثانيا وجعل العشرة النقد سلفا في العشرة المؤجلة فيكون بيعا وسلفا. قال ابن الحاجب: ووهم لأن الثوب إنما يكون مبيعا بالشاة إذا قدرنا أنه انتقل إلى ملك المشتري الأول في المعاوضة الأولى فيلزم أن تكون المعاوضة الأولى صحيحة، وإذا صحت كانت العشرة قد تقررت في ذمة المشتري الأول مع بيع صحيح وذلك مانع؛ لأن يعد قضاء عن سلف؛ لأن الشيء الواحد لا يكون ثمنا وسلفا. قال المصنف في التوضيح: وهذا ظاهر إن علل بما ذكره وإلا فقد يعلل بالضمان يجعل لأنه ضمنه السلعة بالشاة وتعجيل العشرة.

تنبيه: قال المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو كان ثوبا بعشرة ثم اشتراه بخمسة وسلعة لم يجز هذه عكس التي قبلها؛ لأن زيادة السلعة كانت في الأولى من المشتري، وفي هذه من البائع الأول، ومعناها أن من باع سلعة بعشرة إلى شهر مثلا ثم اشتراها بخمسة وشاة، وصورها أيضا اثنا عشر؛ لأن البيعة الثانية إما أن تكون بأقل من الثمن الأول أو بمثله أو أكثر نقدا أو إلى الأجل نفسه أو إلى أقل منه أو إلى أبعد، ولا يجوز منها إلا إذا كان البيع إلى الأجل نفسه بيان ذلك أن ثوبه قد رجع إليه فصار لغوا، وآل أمره إلى أن دفع خمسة وشاة نقدا يأخذ عنها عشرة إلى شهر وذلك

الحديث ....

---

[739] نص – في البناني فقولان.

[740] *– في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من يحيى86 وسيد37.

نص خليل

وَإِنْ أَسْلَمَ فَرَسًا فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ ثُمَّ اسْتَرَدَّ مِثْلَهُ مَعَ خَمْسَةٍ مُنِعَ مُطْلَقًا كَمَا لَوْ اسْتَرَدَّهُ إِلاَّ أَنْ تَبْقَى الْخَمْسَةُ لأَجَلِهَا لأَنَّ الْمُعَجِّلَ لِمَا فِي الذمَّةِ أَوْ الْمُؤَخِّرَ مُسَلِّفٌ.

متن الحطاب

بيع وسلف، وكذلك إذا كان يدفع الخمسة إلى نصف [شهر وإن[741]] كان يدفع الخمسة بعد شهرين فكذلك إلا أن المشتري هنا هو المسلف، وأما إذا كانت المسألة تحل بحلول الأجل الأول فلا مانع لوجوب المقاصة. انتهى. واعترض عليه شيخ شيوخنا القاضي عبد القادر الأنصاري رحمه الله،

401

وقال: هذا كلام غير صحيح بالنسبة إلى الصور الاثني عشر، ويشير إلى ما تقدم/ من أنه إذا اشترى الثوب بعشرة وثوب أو بأكثر جاز.

قلت: والظاهر أن المصنف رحمه الله لم يرد هذا؛ لأن ابن الحاجب صرح بجواز ما ذكر إثر المسألة المذكورة عند ابن القاسم وابن الماجشون مع ذلك، ولم يقل المصنف في شرحها أن هذه المسألة بقية صور المسألة السابقة، وإنما أراد المصنف رحمه الله أن الخمسة والشاة تارة يكونان مثل الثمن الأول بأن تكون قيمة الشاة خمسة، وتارة يكونان أقل بأن تكون قيمة الشاة أربعة فأقل وتارة يكونان أكثر بأن تكون قيمة الشاة ستة فأكثر، وحينئذ يصح ما قاله رحمه الله من المنع في جميع الصور، وذلك بين من كلامه رحمه الله؛ لأنه لم يقل إما أن يكون النقد الذي مع الشاة أقل أو أكثر أو مثل وإنما قال؛ لأن البيعة الثانية إما بمثل الثمن الأول إلى آخره فتأمله منصفا. والله الموفق للصواب.

ص: **وإن أسلم فرسا في عشرة أثواب ثم استرد مثله مع خمسة منع مطلقا كما لو استرده إلا أن تبقى الخمسة لأجلها لأن المعجل لما في الذمة أو المؤخر مسلف** ش: هذه المسألة والتي بعدها ليستا من بيوع الآجال ولكن ذكرهما في المدونة في كتاب الآجال لمشابهتهما لمسائله في بنائهما على سد الذرائع، وتسمى الأولى منهما مسألة البرذون لأنها في أصل المدونة فرضت في برذون، وفرضها البراذعي في فرس.

والثانية مسألة حمار ربيعة لأنه ذكرها، ولكنها موافقة لأصول المذهب. وقال ابن الحاجب: وفيها مسألتا الفرس والحمار [وفي[742]] بعض نسخه "ومنها" و الأولى هي الصواب؛ لإيهام الثانية أن المسألتين من مسائل بيوع الآجال، ومعنى كلام المصنف وإن أسلم فرسا في عشرة أثواب، ثم استرد مثله أي فرسا مثله مع خمسة أي من العشرة وأبرأ ذمته من الخمسة الباقية منع مطلقا؛ أي سواء عجل الخمسة أو أخرها إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل؛ لأنه قد آل أمره إلى أنه أسلفه فرسا فرد عليه مثله، وكل ما يعطيه معه فهو زيادة لأجل السلف، فإن قيل مقتضى هذا أن يمنع ما تقدم، وهو ما إذا باع مقوما إلى أجل بعشرة ثم اشترى مثله بثمانية نقدا لأنه قد آل أمره إلى أنه أسلفه ذلك المقوم ينتفع به ثم يرده ويعطيه ثمانية ويأخذ عنها عشرة، وقد تقدم أن مثله كغيره، فالجواب أن هذه المسألة لم يقصد المتبايعان نقض البيعة الأولى بل أبقياها واستأنفا بيعة ثانية لا تعلق لها بالأولى، فوجب بقاء كل منهما على حالها، فأما في مسألة الفرس فكأنهما قصدا نقض البيعة الأولى فوجب أن ينظر إلى ما خرج من اليد وعاد إليها كما في

الحديث

....

---

741 – في المطبوع وكذلك وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص400 وم157 ويحيى86 وسيد37.

742 *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م157 وسيد37 ويحيى87.

نص خليل وَإِنْ بَاعَ حِمَارًا بِعَشَرَةٍ لأَجَلٍ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ وَدِينَارًا نَقْدًا أَوْ مُؤَجَّلاً مُنِعَ مُطْلَقًا إِلاَّ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ لِلأَجَلِ.

متن الحطاب بياعات الأجل بل أولى؛ لأن قصارى الأمر في مسائل الآجال أن نتهمهما على نقض البيعة الأولى، وهنا قد صرح بذلك فتأمله. والله أعلم. [وذكره[743]] ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح في الكلام على أن مثل المقوم ليس كعينه. والله أعلم. وقوله: "كما لو استرده الخ" أي وكذلك يمتنع أيضا إذا استرد الفرس نفسه مع خمسة أثواب من العشرة وأبرأ ذمته من الخمسة الأولى، لكن إنما يمتنع إذا كانت الخمسة الأثواب معجلة أو مؤخرة إلى أجل دون الأجل أو إلى أبعد من الأجل، وأما إذا أبقاها إلى الأجل فيجوز، وإليه أشار بقوله: "إلا أن تبقى الخمسة إلى أجلها" ثم بين علة المنع فقال لأن المعجل لما في الذمة أو المؤخر مسلف، يعني أنه إذا عجلها صار كأنه أسلفه إياها؛ لأن المعجل لما

402 في الذمة مسلف لما عجله [ليقتضيه[744]]/ من نفسه إذا حل الأجل فقد أسلفه خمسة أثواب ودفع له الفرس عوضا عن الخمسة الباقية، وهذا بيع وسلف، وكذا إذا أجلها إلى أجل دون الأجل وأما إذا أخرها إلى أبعد من الأجل فقد صار البائع الأول آخذا الفرس في خمسة أثواب وسلف المشتري الخمسة الأخرى؛ لأنه لما أخره بها عن الأجل الأول صار مسلفا له، وهذا أقوى من الأول؛ لأن المعجل لما في الذمة اختلف فيه هل يعد مسلفا أم لا؟

وأما المؤخر لما في الذمة فلا خلاف أنه مسلف، وأما إذا أبقى الخمسة إلى أجلها فذلك جائز لانتفاء السلف حينئذ، فقد علم أن الاستثناء في قوله: "إلا أن تبقى الخمسة لأجلها" عائد لما بعد الكاف وكذا التعليل، وهذا الحكم جار فيما إذا أخذ بعض الأثواب وأخذ في البعض الآخر شيئا مخالفا للفرس فيمتنع إذا كان ما يأخذ من الأثواب معجلا أو مؤخرا لأبعد من الأجل، ويجوز إذا [بقي[745]] إلى الأجل نفسه، فإن قيل لم لم تجعلوه إذ رد الفرس بمثابة ما إذا رد مثله وكأنه آل الأمر إلى أنه أسلفه فرسا فرده وما يأخذ زيادة فإنه قد انتفع به والسلف لا يتعين فيه رد [المثل؟[746]] فالجواب – والله أعلم– أن يقال لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك فخرجا عن حقيقة السلف، ويؤخذ هذا من كلامه في التوضيح في الكلام على أن مثل المثلي يقوم مقامه.

ص: **وإن باع حمارا بعشرة لأجل ثم استرده ودينارا نقدا أو مؤجلا منع مطلقا إلا في جنس الثمن للأجل** ش: أي وإن باع حمارا بعشرة دنانير إلى أجل ثم استرده أي الحمار ودينارا نقدا يريد أو مثله من الفضة أو مؤجلا؛ يعني أو كان الدينار أو صرفه من الفضة مؤجلا منع مطلقا؛ أي سواء كان إلى أجل دون الأجل أو إلى الأجل نفسه أو إلى أبعد من الأجل لأنه إن كان نقدا فهو البيع والسلف؛ لأن المشتري تقرر في ذمته عشرة دنانير إلى أجل دفع عنها معجلا الحمار ودينارا ليأخذ من نفسه عند الأجل عشرة تسعة عوض عن الحمار ودينار عن الدينار المتقدم، وإن كان إلى أجل دون الأجل أو إلى أبعد من الأجل فهو فسخ الدين الذي هو العشرة في دين آخر، وقال ابن عبد السلام: لأنه باع بعض دينه الواجب له أولا بالدين الذي زاده مع الحمار، وكذلك إن كان المزيد مع الحمار من غير جنس الثمن الأول إلى مثل الأجل الأول ويدخله إذ كان من غير نوع الثمن الأول الصرف المؤخر، ثم استثنى المصنف من ذلك مسألة فقال: "إلا في جنس الثمن للأجل" أي إلا أن يكون المزيد

الحديث ....

---

[743]- في المطبوع وذكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 وم157 ويحيى87 وسيد37.

[744] – في المطبوع لتقتضيه وما بين المعقوفين من سيد 37 ويحي 87 وم157

[745] – في المطبوع أبقى ومابين المعقوفين من م157 وسيد 37 ويحي 87

[746]– في المطبوع المثلي وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 وم157 ويحيى87 وسيد37.

نص خليل

وَإِنْ زِيدَ غَيْرُ عَيْنٍ وَبِيعَ بِنَقْدٍ لَمْ يُقْبَضْ جَازَ إِنْ عُجِّلَ الْمَزِيدُ.

متن الحطاب

من جنس الثمن الأول؛ يعني من نوعه وصفته وكان مؤخرا [للأجل[747]] نفسه كما إذا باع الحمار بعشرة إلى شهر ثم استرده ودينارا مؤخرا للشهر؛ لأن مآل أمره إلى أنه اشترى الحمار بتسعة من العشرة ولا محذور فيه، وقال شيخ شيوخنا القاضي عبد القادر الأنصاري رحمه الله هكذا قرروا، ولو قيل في هذه الصورة بالمنع كما قيل في غيرها لأنه باع بعض دينه الواجب له أولا بالدين الذي زاده مع الحمار لما بعد ذلك. والله أعلم.

قلت: ولا خفاء في بعده لأن البيع لا بد فيه من اختلاف العوضين بوجه من وجوه الاختلاف إما في الجنس أو النوع أو الأجل والمزيد هنا إنما هو بعض الأول بعينه وأجله فلا يتصور فيه البيع، وإنما آل الأمر إلى أنه باع الحمار بتسعة كما قالوا. والله أعلم.

ص: وإن زيد غير عين [أو بيع[748]] بنقد لم يقبض جاز إن عجل المزيد ش: يعني أنه إذا باع الحمار/ بعشرة مثلا إلى أجل ثم استرده وزاده المشتري مع الحمار [عرضا فإنه جائز إذا[749]] عجل المزيد كما سيأتي؛ لأنه باع العشرة التي في ذمته بعرض وحمار ولا مانع، وأما إن كان المزيد غير معجل فلا يجوز كما سيأتي. وقوله: "أو بيع بنقد لم يقبض" كذا صوابه بأو، ومراده بالنقد هنا المعجل لا النقد الذي هو مقابل العرض؛ يعني فإن باع الحمار بعشرة دنانير مثلا نقدا ولم يقبضها البائع وأعطاه المشتري الحمار وزيادة عوضا عن تلك الدنانير، فإن عجل الزيادة التي مع الحمار جاز؛ يريد إن لم تكن الزيادة فضة، وإلا دخله البيع والصرف المؤخر، وكذا لو باعه بيزيدية ثم استرده مع زيادة محمدية أو بالعكس.

403

ومفهوم قوله: "جاز إن عجل المزيد" أنه إن لم يعجل لم يجز وهو كذلك، وهو راجع إلى هذه المسألة والمسألة التي قبلها؛ أعني قوله: "وإن زيد غير عين" والمنع فيها ظاهر لأنه فسخ دين في دين؛ لأن الثمن الأول فيها مؤجل فقد انتقل البائع عنه إلى حمار [معجل وعرض[750]] مؤجل، وسواء كان إلى الأجل أو إلى أبعد منه أو أقل، وأما إذا بيع بنقد لم يقبض ولم يعجل المزيد فلا يجوز أيضا لأنه إن كان من نوع الثمن الأول فهو تأخير في ذلك البعض بشرط، وذلك سلف اقترن بالبيع الثاني فلا يجوز، وإن كان من غير نوعه وهو من العين فهو صرف مؤخر، وإن كان عرضا فهو فسخ دين في دين، وفهم من قوله: "إن لم يقبض" أن البائع لو باع حماره بنقد وقبضه ثم استرده مع زيادة جاز، سواء عجل المزيد أم لا، وهو قول أبي محمد بن أبي زيد كما نبه على ذلك ابن غازي.

فرع: فإن كانت الزيادة من البائع جاز مطلقا، سواء كانت البيعة الأولى نقدا أو إلى أجل إلا أن تكون الزيادة مؤجلة وهي من صنف المبيع كما إذا استرد الحمار على أن زاده حمارا مؤجلا فيمتنع لأنه سلف بزيادة وكأن المشتري أسلف البائع حمارا يقبضه منه إلى أجل على أن [يسقط[751]] البائع عنه الثمن الأول.

الحديث

....

---

747 – في المطبوع لأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 وم158 ويحيى87 وسيد37.

748 *– في المطبوع وبيع وما بين المعقوفين من م158 ويحيى87 وسيد37.

749 – في المطبوع عوضا فإنه جائز كما وم158 وما بين المعقوفين من ن عدود ص403 ويحيى87 وسيد37.

750 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص403 وم158 ويحيى87 وسيد37.

751 – في المطبوع أسقط وما بين المعقوفين من يحيى88.

نص خليل

وَصَحَّ أَوَّلُ مِنْ بُيُوعِ الآجَالِ فَقَطْ إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ الثانِي فَيُفْسَخَانِ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَقَلَّ خِلاَفٌ. فصل جَازَ لِمَطْلُوبٍ مِنْهُ سِلْعَةٌ أَنْ يَشْتَرِيَهَا لِيَبِيعَهَا بِمَالٍ وَلَوْ بِمُؤَجَّلٍ بَعْضُهُ.

متن الحطاب

ص: وصح أول من بيوع الآجال فقط إلا أن يفوت الثاني فيفسخان وهل مطلقا أو إن كانت القيمة أقل خلاف ش: يعني أن بيوع الآجال إذا وقعت على الوجه الممنوع كما لو باعه سلعة إلى شهر ثم اشتراها بثمانية نقدا، فإن اطلع على ذلك والسلعة قائمة لم يفت، فإن البيعة الأولى صحيحة وتفسخ الثانية؛ لأن الفساد إنما جاء منها وهو دائر معها، أما فسخ الثانية فباتفاق على ما قاله ابن الحاجب وغيره، وحكى اللخمي فيه خلافا ضعيفا، وأما عدم فسخ الأولى فهو قول ابن القاسم وهو الصحيح، وقال ابن الماجشون يفسخ البيعتان معا قال: إلا أن يصح أنهما [لم يتعاملا[752]] على العينة، فإن فاتت السلعة بحوالة سوق أو غيرها كما في البيع الفاسد قال في التوضيح: فتفسخ البيعتان معا ويكون للبائع على المشتري الثمن الذي دفعه إليه.

واختلف الشيوخ هل لا بد من فسخ البيعتين معا مع الفوات مطلقا -أي سواء كانت قيمة السلعة أقل من الثمن الذي [باعها[753]] به البائع في البيعة الأولى أو مثله أو أكثر- أو إنما يفسخان معا إذا كانت قيمة السلعة أقل من الثمن الذي باعها به البائع أولا، وأما إن كانت القيمة مثله أو أكثر لم يفسخ إلا البيعة الثانية؟ قولان مشهوران والأول هو الذي حكاه اللخمي والمازري عن ابن القاسم؛ لأن البيعتين لما ارتبطت إحداهما بالأخرى [صارتا[754]] في معنى العقد الواحد. قال في التوضيح: وصرح ابن شأس بأنه المشهور، والقول الثاني قال ابن الحاجب هو الأصح. قال في التوضيح: وعبر عنه بعضهم بالمشهور، وهو مذهب ابن كنانة وسحنون،

404 وتأول ابن أبي زمنين مذهب ابن القاسم عليه، ووجهه أنه لو فسخت الثانية/ فقط مع كون القيمة أقل لزم دفعها معجلة وهي أقل ثم يأخذ عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منعناه منه ابتداء، بخلاف ما إذا كانت القيمة مساوية للثمن الأول أو أكثر فإنه إذا فسخنا الثانية وبقيت الأولى على حالها لم يلزم محذور، وهذا الثاني ظاهر. والله أعلم. وقوله: "إلا أن يفوت الثاني" هو نحو قول ابن الحاجب: فإن فاتت في يد المشتري الثاني. قال في التوضيح: ويفهم من تقييده الفوات بأن تكون في يد المشتري الثاني أنها لو فاتت في يد المشتري الأول انفسخت الثانية خاصة، وهو اختيار الباجي. قال: ولم أره نصا. اهـ.

ص: فصل جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بمال ش: لما فرغ رحمه الله من الكلام على بيوع الآجال التي لا تخص أحدا عقبها ببيع أهل العينة لاتهام بعض الناس فيها، وهذا الفصل يعرف عند أصحابنا ببيع أهل العينة، والعينة بكسر العين وهو فعلة من العون؛ لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده، وقيل من العناء وهو تجشم المشقة، وقال عياض في كتاب الصرف:

الحديث ....

---

752 - في المطبوع يتعاملان وما بين المعقوفين من ن عدود ص403 وم158 ويحيى88 وسيد37.

753 *- في المطبوع باعه وما بين المعقوفين من م158 ويحيى88 وسيد37.

754 *- في المطبوع وم158 وسيد37 صارا وما بين المعقوفين من يحيى88.

نص خليل ....

متن الحطاب سميت بذلك لحصول العين وهو النقد لبائعها، وقد باعها لتأخير. وقال قبله: هو أن يبيع الرجل الرجل السلعة بثمن معلوم إلى أجل، ثم يشتريها منه بأقل من ذلك الثمن أو يشتريها بحضرته من أجنبي، [ثم[755]] يبيعها من طالب العينة بثمن أكثر مما اشتراها به إلى أجل، ثم يبيعها هذا المشتري الأخير من البائع الأول نقدا بأقل مما اشتراها به، وخفف هذا الوجه بعضهم ورآه أخف من الأول، وقال ابن عرفة: بيع أهل العينة هو البيع المتحيل به على دفع عين في أكثر منها. اهـ. وقسم ابن رشد في رسم حلف أن لا يبيع من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال [وفي[756]] سماع سحنون من كتاب البضائع والوكالات. وفي كتاب بيوع الآجال من المقدمات: العينة إلى ثلاثة أقسام جائز ومكروه وممنوع، وجعلها صاحب التنبيهات في كتاب الصرف أربعة أقسام وزاد وجها رابعا مختلفا فيه، وتبعهم المصنف فأشار إلى الجائز بقوله: "جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها ليبيعها بمال" وفي بعض النسخ: "بنماء" أي بزيادة وهو أحسن، فإن هذا هو المقصود من العينة. قال في المقدمات: الجائز أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة. وقال في كتاب السلم والآجال من البيان: أن يأتي الرجل إلى رجل منهم يعني من أهل العينة فيقول هل عندك سلعة كذا وكذا أبتاعها منك، وفي البيان: تبيعها مني بدين فيقول لا فينقلب عنه على غير مراوضة ولا مواعدة فيشتري المسؤول تلك السلعة التي سأله عنها ثم يلقاه فيخبره أنه اشترى السلعة التي سأله عنها فيبيعها منه.

قال في المقدمات: بما شاء من نقد أو نسيئة. وقال في كتاب البضائع والوكالات: فيبيع ذلك منه بدين. وقال في التنبيهات: الجائز لمن لم [يتواعد[757]] على شيء ولا يتراوض مع المشتري كالرجل يقول للرجل أعندك سلعة كذا؟ فيقول: لا فينقلب على غير مواعدة ويشتريها، ثم يلقاه صاحبه فيقول تلك السلعة عندي فهذا جائز أن يبيعها منه بما شاء من نقد وكالئ ونحوه لمطرف. قال ابن حبيب: ما لم يكن تعريض أو مواعدة أو عادة. قال: وكذلك ما اشتراه الرجل لنفسه [يعده[758]] لمن يشتريه منه بنقد أو كالئ ولا يواعد في ذلك أحدا يشتريه [منه ولا[759]] يبيعه له، وكذلك الرجل يشتري السلعة لحاجة ثم يبدو له فيبيعها أو يبيع دار سكناه ثم تشق عليه النقلة منها فيشتريها أو الجارية ثم تتبعها نفسه فهؤلاء [ما[760]] استقالوا أو زادوا في الثمن فلا بأس به، وذكر ابن مزين لو كان مشتري السلعة يريد بيعها ساعتئذ فلا خير فيه، ولا ينظر إلى البائع كان من أهل العينة أم لا قال: فيلحق هذا الوجه بهذه الصورة على قوله بالمكروه. اهـ. فيكون على ما ذكره عياض هذا الوجه مختلفا فيه، والمشهور أنه جائز، وقول ابن مزين إنه مكروه، ولم يحك ابن رشد في جوازه خلافا،

الحديث ....

755 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 وم158 ويحيى88 وسيد38.

756 – في المطبوع أو في وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 وم158 ويحيى88 وسيد38.

757 *– في المطبوع يتواعدا وما بين المعقوفين من م157 ويحيى88 وسيد38.

758 – في المطبوع بعده وضبب عليه محمد عالي وصوبه الشيخ محمد سالم بما بين المعقوفين وهو الذي في م159 ويحيى88 وسيد38 .

759 – في المطبوع ومنه لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 وم159 ويحيى88 وسيد38.

760 – في المطبوع أما وم159 ويحيى88 وسيد38 وما بين المعقوفين من ن عدود ص404.

نص خليل وَكُرِهَ خُذْ بِمِائَةٍ مَّا بِثَمَانِينَ أَوْ اشْتَرِهَا وَيُومِئُ لِتَرْبِيحِهِ وَلَمْ يُفْسَخْ.

متن الحطاب 405 وأشار المصنف/ إلى الوجه الرابع المختلف فيه الذي زاده عياض بقوله: "ولو بمؤجل بعضه". قال في التنبيهات: والرابع المختلف فيه ما اشتري ليباع بثمن بعضه مؤجل وبعضه معجل فظاهر مسائل الكتاب والأمهات جوازه، وفي العتبية كراهته لأهل العينة، لكن قال ابن غازي ظاهر كلام المصنف أن هذا مفرع على مسألة المطلوب منه سلعة كما يوهمه لفظ عياض ثم ذكره. ثم قال: فقد يسبق للوهم أن قوله: "بثمن" يتعلق بقوله ليباع وليس ذلك بمراد بل هو متعلق [باشترى[761]] وفي الكلام تقديم وتأخير، وتقديره ما اشتري بثمن [بعضه[762]] مؤجل وبعضه معجل ليباع فهي إذا مسألة أخرى غير مفرعة على مسألة المطلوب منه سلعة، وذكر من كلام صاحب التنبيهات ما يدل على ذلك، ثم ذكر عن البيان نحو ذلك. ثم قال: فإن قلت: لعل المصنف إنما فرعها على مسألة المطلوب منه سلعة تنبيها على أن المختار عنده من الخلاف الجواز، وإن تركبت المسألة من الوصفين فتكون غير المركبة أحرى بالجواز. قلت: هذا أبعد ما يكون من التأويل، ولكن يقربه الظن الجميل، [وتبقى[763]] العهدة [عليه[764]] في التزام جواز المركبة. اهـ.

قلت: وقد يتلمح الجواز من قول ابن رشد: فيبيعها بما شاء من نقد أو نسيئة، ونحوه لعياض كما تقدم.

ص: **وكره خذ بمائة ما بثمانين أو اشترها ويومئ لتربيحه ولم يفسخ** ش: هذا هو الوجه المكروه. قال في كتاب السلم والآجال من البيان: والمكروه أن يقول أعندك كذا وكذا تبيعه مني بدين فيقول لا فيقول ابتع ذلك وأنا أبتاعه منك بدين وأربحك فيه فيشتري ذلك ثم يبيعه منه على ما تواعدا عليه. وقال في المقدمات: المكروهة أن يقول اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا وكذا أو أشتريها منك من غير أن يراوضه على الربح. انتهى. انظر قوله: أربحك فيها كذا وكذا مع قوله من غير أن يراوضه على الربح، والصواب إسقاط قوله كذا وكذا. وقال في التنبيهات: المكروه أن يقول اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها وأشتريها منك من غير مراوضة ولا تسمية ربح ولا يصرح بذلك ولكن يعرض به. قال ابن حبيب: فهذا يكره فإن وقع مضى، وكذلك قال ابن نافع عن مالك ولا أبلغ به الفسخ. قال فضل: وهذا على قول ابن القاسم ويجب أن يفسخ شراء الآمر، ولذلك كرهوا أن يقول له لا [يحل[765]] أن أعطيك ثمانين في مائة ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون خذها بمائة [لأجل.[766]] انتهى. وقول فضل: يجب أن يفسخ شراء الآمر" مخالف للمشهور.

الحديث ....

---

[761] – في المطبوع باشتر وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 وم159 ويحيى88 وسيد38.

[762] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 وم159 ويحيى88 وسيد38.

[763] – في المطبوع ويتقي وما بين المعقوفين من م159 وسيد38 ويحيى89.

[764] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 وم159 ويحيى88 وسيد38.

[765] – في المطبوع أحل وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 وم159 ويحيى89 وسيد38.

[766] – ساقطة من المطبوع وم159 ويحيى89 وسيد38 وما بين المعقوفين من ن عدود ص405.

نص خليل

بِخِلَافِ اشْتَرِهَا بِعَشَرَةٍ نَقْدًا وَآخُذُهَا بِاثْنَيْ عَشَرَ لأَجَلٍ وَلَزِمَتِ الآمِرَ إِنْ قَالَ لِي وَفِي الْفَسْخِ إِن لَّمْ يَقُل لِي إِلاَّ أَنْ تَفُوتَ فَالْقِيمَةُ أَوْ إِمْضَائِهَا وَلُزُومِهِ الاثْنَا عَشَرَ قَوْلَانِ.

متن الحطاب

ص: [بخلاف[767]] اشترها بعشرة نقدا وآخذها باثني عشر لأجل ش: قال الشارح: يحتمل أن يكون مراده بخلاف كذا فإنه يمتنع أو فإنه يفسخ والمعنى متقارب. انتهى. والظاهر الأول فإن هذا هو القسم الممنوع، وقد ذكروا فيه ست مسائل منها ما يفسخ، ومنها ما لا يفسخ على أن إطلاقهم المنع على هذا القسم تجوز؛ فإن بعضه مكروه أو جائز كما سيأتي. قال في المقدمات: والمحظور أن يراوضه على الربح فيقول اشتر سلعة كذا بكذا وكذا وأنا أربحك فيها كذا وأبتاعها منك بكذا ونحوه في البيان.
وقال في التنبيهات: الحرام الذي هو ربا صراح أن يراوض الرجل الرجل على ثمن السلعة التي يساومه فيها ليبيعها منه إلى أجل ثم على ثمنه الذي يشتريها به منه بعد ذلك نقدا، أو يراوضه على ربح السلعة التي يشتريها له من غيره فيقول أنا أشتريها على أن تربحني فيها كذا أو للعشرة كذا.
قال ابن حبيب: فهذا حرام، وكذلك لو قال اشترها لي وأنا أربحك وإن لم يسم ثمنا. قال: وذلك كله ربا ويفسخ هذا، وليس فيه إلا رأس المال. انتهى.
وما ذكره عن ابن حبيب في قوله اشترها لي وأنا أربحك وإن لم يسم ثمنا مخالف لما تقدم عن ابن رشد في المقدمات والبيان، وما مشى عليه المصنف من أن ذلك مكروه فقط ولا يفسخ، فيكون ما ذكره عن ابن حبيب خلاف المشهور وهو/ ظاهر، بل سيأتي عن مالك أنه لا يفسخ مع تسمية الثمن والربح في بعض المسائل وأنه في بعضها جائز، وسيأتي التنبيه على ذلك، وذكر في التوضيح كلام عياض، ولم ينبه على ما ذكره فتأمله. قال في المقدمات والبيان: وفي هذا الوجه ست مسائل متفرقة الأحكام ثلاث في قوله اشتر لي، وثلاث في قوله اشتر لنفسك أو يقول اشتر ولا يقول لي ولا لنفسك. فقول المصنف: "بخلاف اشترها بعشرة نقدا وآخذها باثني عشر إلى أجل" يعني به أنه يمتنع أن يقول الرجل للرجل اشتر سلعة كذا بعشرة نقدا وآخذها باثني عشر لأجل، سواء قال اشترها لي أو لنفسك أو لم يقل لي أو لنفسك فهذا ممنوع، ولكن لكل واحد حكم يخصه بينه بقوله:

406

ص: ولزمت الآمر إن قال لي وفي الفسخ إن لم يقل لي إلا أن تفوت فالقيمة أو إمضائها ولزومه [الاثنا[768]] عشر قولان ش: يعني أنه إذا قال اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدا وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل، ولفظ التوضيح والبيان في موضع وأنا أشتريها منك، ولفظ المقدمات والبيان في موضع آخر وأنا أبتاعها منك. قال في المقدمات والبيان: فذلك حرام لا يحل، ولا يجوز [لأنه رجل[769]] ازداد في سلفه، فإن وقع لزمت السلعة الآمر لأن الشراء كان له وإنما أسلفه المأمور ثمنا ليأخذ منه أكثر منه إلى أجل فيعطيه العشرة معجلة [ويطرح[770]] عنه ما أربى. اهـ. واختلف فيما يكون للمأمور من الجعل على الخلاف الآتي في المسألة الآتية. قال في المقدمات والبيان: وقال في

الحديث

767 – في المطبوع وبخلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 وم159 ويحيى89 وسيد38.
768 *– في المطبوع الإثني وعلق عليها بـ: لعلها الإثنا كما في عبد الباقي والدسوقي والميسر.
769 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 وم159 ويحيى89
770 – في المطبوع ويطوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 وم159 ويحيى89 وسيد38.

نص خليل وَبِخِلَافِ اشْتَرِهَا لِي بِعَشَرَةٍ نَقْدًا وَآخُذُهَا بِاثْنَيْ عَشَرَ نَقْدًا إن نَّقَدَ الْمَأْمُورُ بِشَرْطٍ.

متن الحطاب سماع سحنون إن لم تفت السلعة فسخ البيع يعني البيع الأول الذي بين المأمور ورب السلعة قال وهو بعيد فقيل معناه إذا علم البائع الأول بعلمهما. والله أعلم. وقوله: "وفي الفسخ إن لم يقل الخ" يعني به وإن قال له اشتر سلعة كذا لنفسك أو قال اشتر ولم يقل لي ولا لنفسك كما تقدم عن المقدمات والبيان بعشرة نقدا وأنا آخذها منك أو أشتريها منك أو أبتاعها منك باثني عشر لأجل. قال في المقدمات: فهذا لا يجوز إلا أنه مختلف فيه إذا وقع على قولين: أحدهما أن السلعة لازمة للآمر باثني عشر؛ لأن المأمور كان ضامنا لها ولو تلفت في يده قبل أن يبيعها من الآمر. زاد في المقدمات: ولو أراد الآمر أن لا يأخذها بعد اشتراء المأمور كان ذلك له، ويستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقده في ثمنها وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون وروايته عن مالك.

والقول الثاني أن البيع الثاني يفسخ ويرد السلعة إلى المأمور إذا كانت قائمة وإن فاتت ردت إليه قيمتها معجلة كما يصنع بالبيع الحرام؛ لأنه باعه إياها قبل أن تجب له فيدخله بيع ما ليس عندك وهو قول ابن حبيب، وإلى هذين القولين أشار المصنف بقوله: "وفي الفسخ إن لم يقل لي" أي سواء قال لنفسك أم لم يقل ذلك، وقوله: "إلا أن تفوت فالقيمة" فيه مسامحة؛ لأنه يقتضي أنه إذا فاتت السلعة لا يفسخ البيع وليس كذلك بل يفسخ على هذا القول مطلقا، فإن لم تفت السلعة ردت نفسها وإن فاتت ردت قيمتها ويشير إلى هذا بقوله: "فالقيمة" ولو أسقطه المصنف أو قال بدله مطلقا لكان أبين، وكان يعلم مما تقدم أنه إذا فسخ ردت السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت رد قيمتها ويأتي له مثل هذا في المسألة الأخيرة.

وأشار إلى القول الآخر بقوله: "وإمضائها ولزومه الاثني عشر" يعني سواء كانت قائمة أو فاتت، وكان ينبغي للمصنف أن يقتصر على هذا لأنه قول ابن القاسم وروايته عن مالك، ولم ينبه المصنف على أنه يستحب للمأمور على هذا القول أن يتورع ولا يأخذ إلا ما نقد ولا على أن ضمان السلعة قبل أن يشتريها الآمر من المأمور، وعلى أن الآمر لا يلزمه أن يأخذ السلعة إن أبى لوضوح ذلك، وفهم من كلام ابن رشد أنه إذا قال اشترها لي أنها في ضمانه، وأنه ليس له أن يقول لا آخذها وهو بين. والله أعلم. وهذه المسألة [مما[771]] يبين أن مراد المصنف بقوله: "بخلاف اشترها" أي فإنه ممنوع لا أنه يفسخ.

407 ص: وبخلاف اشترها بعشرة/ نقدا وآخذها باثني عشر نقدا إن نقد المأمور بشرط ش: يعني إذا قال اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدا وأنا آخذها منك أو أشتريها منك أو أبتاعها منك باثني عشر نقدا. قال في البيان: [فرجع[772]] الأمر فيه إلى أن الآمر استأجر المأمور على شراء السلعة بدينارين. قال في المقدمات: لأنه إنما اشتراها له، وقوله وأنا أشتريها منك لغو لا معنى [له؛ لأن[773]] العقدة له وبأمره، فإن كان النقد من عند الآمر أو من عند المأمور بغير شرط فذلك جائز،

الحديث ....

---

771 *- في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من م160 ويحيى89.

772 - في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 وم160 ويحيى89 وسيد38.

773 - في المطبوع لأن له وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 وم160 ويحيى89 وسيد38.

نص خليل وَلَهُ الأَقَلُّ مِنْ جُعْلِ مِثْلِهِ أوِ الدِّرْهَمَيْنِ فِيهِمَا وَالأَظْهَرُ وَالأَصَحُّ لاَ جُعْلَ لَهُ وَجَازَ بِغَيْرِهِ كَنَقْدِ الآمِرِ وَإِن لَّمْ يَقُل لِّي فَفِي الْجَوَازِ وَالْكَرَاهَةِ قَوْلاَنِ.

متن الحطاب وإن كان النقد من عند المأمور بشرط فهي إجارة فاسدة؛ لأنه إنما أعطاه الدينارين على أن يبتاع له السلعة وينقد عنه الثمن من عنده فهي إجارة وسلف يكون للمأمور إجارة مثله إلا أن يكون أجرة مثله أكثر من الدينارين فلا يزاد عليهما على مذهب ابن القاسم في البيع والسلف إذا كان السلف من عند البائع وفاتت السلعة أن للبائع الأقل من القيمة أو الثمن [إن[774]] قبض السلف، وعلى مذهب ابن حبيب في البيع والسلف أن فيه القيمة ما بلغت يلزم للمأمور هنا أن يكون له إجارة مثله بالغة ما بلغت وإن كانت أكثر من الدينارين، والأصح أن لا تكون له أجرة لأنا إن أعطيناه الأجرة كان ثمنا للسلف فكان ذلك تتميما للربا، وهو قول سعيد بن المسيب فهي ثلاثة أقوال فيما يكون له من الأجرة إذا نقد المأمور بشرط، وهذا إذا عثر على الأمر بحدثانه ورد السلف على المأمور قبل أن ينتفع به الآمر، وأما إذا لم يعثر على [الأمر[775]] حتى انتفع الآمر بالسلف قدر ما يرى أنهما كانا قصداه [فيكون[776]] في المسألة[إلا[777]] قولان: أحدهما أن للمأمور إجارته بالغة ما بلغت، والثاني أنه لا شيء له، ولو عثر على [الأمر[778]] بعد الابتياع وقبل أن ينقد المأمور الثمن لكان النقد من عند الآمر ولكان فيما يكون للأجير قولان: أحدهما أن له إجارة مثله بالغة ما بلغت، والثاني أن له الأقل من إجارة مثله أو الدينارين. اهـ من المقدمات.

ص: **وله الأقل من جعله أو الدرهمين فيهما والأظهر والأصح لا جعل له** ش: يعني أنه اختلف فيما يكون في هذه المسألة، وهي ما إذا قال اشترها لي بعشرة نقدا وآخذها باثني عشر لأجل فقيل له الأقل من جعل مثله ومن الدرهمين، وقيل لا جعل له في المسألة، وهو الذي استظهره ابن رشد، وصححه ابن [زرقون[779]] غير أن كلام المصنف مطلق، وقد تقدم في المقدمات تفصيل ذلك.

ص: **وجاز بغيره كنقد الآمر** ش: أي وجاز نقد المأمور بغير شرط كما لو كان الآمر هو الذي نقد.

ص: **وإن لم يقل لي ففي الجواز والكراهة قولان** ش: يعني أنه إذا قال له اشتر سلعة كذا بعشرة نقدا ولم يقل لي بل قال لنفسك أو لم يقل لي ولا لنفسك كما تقدم عن المقدمات، بل قال اشترها وأنا اشتريها باثني عشر نقدا فاختلف في ذلك قول مالك فمرة أجازه إذا كانت البيعتان بالنقد جميعا وانتقد ومرة كرهه للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور. قاله في المقدمات والبيان، وهذا ما أشرنا إليه أن في إطلاقهم المنع على هذا القسم جميعه تسامح، والعجب من

الحديث ....

[774] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من يحيى89.

[775] *– في المطبوع الآمر وما بين المعقوفين من م160 ويحيى90 وسيد38.

[776] – هكذا في ن عدود 407 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع "فلا يكون" وهو الذي في م160 ويحيى90 وسيد38.

[777] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 38 وم 160 ويحيى 90.

[778] *– في المطبوع الآمر وما بين المعقوفين من م160 ويحيى90 وسيد38.

[779] *– في المطبوع زروق وما بين المعقوفين من م160 ويحيى90 وسيد38 .

نص خليل

وَبِخِلَافِ اشْتَرِهَا لِي بِاثْنَيْ عَشَرَ لأَجَلٍ وَأَشْتَرِيهَا بِعَشَرَةٍ نَقْدًا فَتَلْزَمُ بِالْمُسَمَّى وَلاَ تُعَجَّلُ الْعَشَرَةُ وَإِنْ عُجِلَتْ أُخِذَتْ وَلَهُ جُعْلُ مِثْلِهِ وَإِن لَّمْ يَقُل لِي فَهَل لاَّ يُرَدُّ الْبَيْعُ إِذَا فَاتَ وَلَيْسَ عَلَى الآمِرِ إِلاَّ الْعَشَرَةُ أَوْ يُفْسَخُ الثانِي مُطْلَقًا إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ فَالْقِيمَةُ قَوْلاَنِ. **فصل** إِنَّمَا الْخِيَارُ بِشَرْطٍ.

متن الحطاب 408

ذكر المصنف هذا القول بالجواز مع أنه قدم أولا أن المكروه أن يشتريها ويومئ لتربيحه فكيف مع التصريح بالقول بالكراهة؟. والله/ أعلم. ومن هنا يعلم أيضا أن قول ابن حبيب فيما إذا قال اشترها وأنا أربحك ولم يسم الثمن أنه حرام ويفسخ مخالف لقول مالك؛ لأن قول مالك اختلف بالجواز والكراهة مع تسمية الربح والمراوضة عليه. فتأمله. وفهم من قول ابن رشد: "وانتقد" أنه لو اشتراها على النقد ولم ينقد لا يكون الحكم كذلك وهو ظاهر، ويأتي الخلاف الذي تقدم في بيوع الآجال فيمن اشترى بأقل لأجله ثم عجله.

ص: **وبخلاف اشترها لي باثني عشر لأجل وأشتريها بعشرة نقدا فتلزم بالمسمي ولا تعجل العشرة وإن عجلت أخذت** ش: قال في المقدمات: وأما المسألة الثالثة أن يقول اشترها لي باثني عشر إلى أجل وأنا أبتاعها بعشرة نقدا فكذلك أيضا حرام لا يجوز، ومكروهه [أنه[780]] استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه ينتفع بها إلى أجل ثم يردها إليه فإذا دفع ذلك لزمت الآمر السلعة باثني عشر إلى أجل ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد وإن كان قد دفعها صرفها إليه ولم يتركها عنده إلى أجل وإن كان له جعل مثله بالغا ما بلغ في هذا الوجه باتفاق. اهـ.

ص: **وإن لم يقل لي فهل [لا[781]] يرد البيع إذا فات وليس على الآمر إلا العشرة [أو[782]] يفسخ الثاني مطلقا إلا أن يفوت فالقيمة قولان** ش: يعني أنه إذا قال اشتر سلعة كذا ولم يقل لي [بأن[783]] قال لنفسك أو لم يقل شيئا باثني عشر لأجل وأنا أشتريها بعشرة نقدا فذكر في المقدمات في ذلك القولين اللذين ذكرهما المصنف. روى سحنون عن ابن القاسم أن البيع [لا يرد[784]] إذا فات [وليس[785]] على الآمر إلا العشرة وأحب إلي أن لو زاده الدينارين، وظاهره أن البيع يفسخ ما لم تفت السلعة، وقال ابن حبيب يفسخ البيع الثاني مطلقا على كل حال كما يصنع بالحرام البين للمواطأة التي كانت قبل البيع، فإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم قبضها الثاني. اهـ. ففي قول المصنف: "إلا أن يفوت" نظر كما تقدم [لأنه يقتضي[786]] أنه لا يفسخ إذا فات، وإن كان قوله بالقيمة يشير إلى الفسخ والله أعلم. ولم يذكر في البيان أن القول الأول بالفسخ مع قيام السلعة فإنه لما

الحديث

---

780 – في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص408 ويحيى90 (وفي سيد38 لأنه)

781 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في م160 ويحيى90 وسيد38.

782 – في المطبوع ويفسخ وما بين المعقوفين من ن عدود ص408 وم160 ويحيى90 وسيد38.

783 – علق عليه الشيخ محمد سالم بـ: هكذا في المطبوع وفي النسخ بل والكل صحيح .

784 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص408 وم160 ويحيى90 وسيد38.

785 *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى90 وم160 وسيد38.

786 *– في المطبوع لأنه لا يقتضي وما بين المعقوفين من م160 وسيد38 ويحيى90.

نص خليل ....

متن الحطاب ذكر المسألة المتقدمة في قول المصنف: "وفي الفسخ وإن لم يقل لي إلا أن تفوت فالقيمة أو إمضائها ولزومه الاثني عشر" ذكر هذه بعدها وقال: فهذا لا يجوز أيضا لأنه يختلف فيه إذا وقع على القولين المذكورين فتلزم الآمر السلعة بالعشرة نقدا، ويستحب أن يزيد له الدينارين على القول الأول ويفسخ البيع الثاني، وترد السلعة إلى المأمور إلا أن تفوت بيد الآمر فيكون عليه فيها القيمة كما يفعل بالبيع الحرام على القول الثاني، وهو قول ابن حبيب. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: ["وآخذها"[787]] في الموضعين، وقوله في الموضع الثالث: "وأشتريها" يجوز فيه النصب بعد واو المعية في جواب الأمر، ويجوز الرفع على إضمار مبتدإ فتأمله. والله أعلم.

تنبيه ثان: ومن هذا الباب مسألة يفعلها بعض الناس وهي ممنوعة وذلك أن يدفع لبعض الناس دراهم ويقول له اشتر بها سلعة على ذمتي، فإذا اشتريتها بعتها منك بربح لأجل ولا إشكال في منع ذلك فقد قال في العتبية في أول رسم من سماع أشهب من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عمن أبضع مع رجل بضاعة يبتاع له بها طعاما ثم أتاه بعد ذلك فأخبره أنه قد ابتاع طعاما وقبضه وسأله أن يبيعه إياه قال ما أحب هذا وما يعجبني.

قال ابن رشد: قد أجازه في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب السلم والآجال لمن أسلم في طعام أن يبيعه بقبض وكيله، ولا إشكال في جواز ذلك؛ لأنه قد دخل في ضمانه بقبض وكيله إياه إذا تحقق أنه قد قبضه، وإنما كره له في هذه المسألة إذا لم يتحقق أنه قبضه لاحتمال أن يكون كذب ولو تحقق ذلك لما كره إلا أن يكون الوكيل في هذه المسألة هو المبتاع للطعام بالثمن الذي

409 دفعه إليه موكله فلا يجوز أن يبيعه منه، وإن/ تحقق أنه قبضه بأكثر مما [دفعه[788]] إليه ولا [بدنانير[789]] إن كان دفع إليه دراهم ولا بدراهم إن كان دفع إليه دنانير إلا أن يكون البخس في العرف على رب الطعام فترتفع التهمة في ذلك. قاله ابن دحون وهو الصحيح. اهـ. [ونقل[790]] في النوادر في آخر كتاب البضائع والوكالات ما في سماع أشهب بلفظ: روى أشهب عن مالك في الرجل يبضع مع الرجل يبتاع له طعاما فأخبره أنه فعل وأنه أمره ببيعه فقال ما يعجبني ذلك. اهـ.

وقال في السلم الثالث من المدونة: وما ابتعته بعينه من الطعام والشراب جزافا أو اشتريته من سائر العروض بعينه أو مضمونا على كيل أو وزن أو جزافا من عطر أو زئبق أو مسك أو حرير أو توابل وشبهه فلا بأس ببيعه قبل قبضه من بائعك أو غيره وتحيله عليه إلا أن يكون ذلك من أهل العينة فلا يجوز بأكثر مما ابتعت. اهـ.

ص: فصل إنما الخيار بشرط ش: قد تقدم أن البيع ينقسم باعتبار ما يعرض له إلى أقسام وأن من جملة ذلك ما يعرض له من جهة لزوم العقد للمتبايعين وعدم لزومه لهما أو لأحدهما فيسمى الأول بيع بت والبت القطع [يقطع[791]] لكل واحد خيار صاحبه ويسمى الثاني بيع خيار، والأصل في

الحديث ....

787 *- في المطبوع ويحيى90 وأخذها وما بين المعقوفين من م160 وسيد39.

788 *- في م161 ويحيى90 وسيد39 دفع.

789 *- في المطبوع بدينار وما بين المعقوفين من م161 وسيد39 ويحيى90.

790 - في المطبوع نقل وما بين المعقوفين من سيد39 وم159 ويحيى90.

791 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 (وفي م161 ويحيى91 وسيد39 لقطع كل).

نص خليل ....

متن الحطاب البيع اللزوم والخيار عارض وينقسم إلى خيار ترو وإلى خيار نقيصة لأنه إما من جهة العاقد أو من جهة المعقود عليه فإن كان من جهة العاقد بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما فهو خيار التروي، ويسمى الخيار الشرطي، والتروي النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه، وإن كان موجبه ظهور عيب في المبيع أو استحقاق فهو خيار النقيصة، ويسمى الخيار الحكمي، وقد يقال إما أن يكون موجب الخيار مصاحبا للعقد أو متقدما عليه والأول هو التروي لأنه بشرط أحد المتبايعين حين العقد والثاني خيار النقيصة لأن العيب الموجب للخيار هو القديم السابق على العقد.

وبدأ المصنف كغيره بالكلام على القسم الأول أعني خيار التروي وهو الذي ينصرف إليه بيع الخيار عند الإطلاق في عرف الفقهاء، وهو كما قال ابن عرفة بيع الخيار بيع وقف بَتُّهُ أولا على إمضاء يتوقع فيخرج ذو الخيار الحكمي. قال في التوضيح: وهو مستثنى من بيع الغرر للتردد في العقد [لا سيما[792]] في جانب من لا خيار له؛ لأنه لا يدري ما يؤل إليه الأمر لكن أجازه الشارع ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمون ولينفي الغبن عن نفسه.

قال الشافعي: لولا الخبر[1] عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاز الخيار [أصلا[793]] لا في ثلاث ولا في غيرها. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام، ولكن قال بدل قول التوضيح أجازه الشارع ولكن الشرع رخص فيه فجعله رخصة، وهو أيضا مقتضى كلام التوضيح، ونقل ابن عرفة عن المازري في ذلك خلافا، ونصه: المازري في كونه رخصة لاستثنائه من الغرر [وحجر البيع خلاف. انتهى. وجعل ابن عبد السلام من الغرر[794]] الذي فيه كون الثمن يختلف بالكثرة والقلة بحسب البت والخيار، وهذا غير ظاهر؛ لأنه وإن كان الثمن يختلف بحسب ذلك [لكن[795]] المعقود عليه من ذلك معلوم فليس فيه عقد على ثمن لا يدري أيكثر أم يقل، ونبه المصنف بأداة الحصر على أن خيار التروي إنما يكون بالشرط؛ أي بأن يشترطه أحد المتبايعين أو كلاهما لا بالمجلس كما يقوله ابن حبيب والشافعي وابن حنبل.

قال ابن الحاجب: الخيار ترو ونقيصة، فالخيار بالشرط لا بالمجلس للفقهاء السبعة. ابن حبيب: هو بالمجلس لحديث الموطأ، ومعنى خيار المجلس أن يثبت الخيار للمتبايعين مدة جلوسهما معا حتى يفترقا، والحديث الذي أشار إليه هو ما رواه مالك في الموطإ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم [يفترقا[796]] إلا بيع الخيار[2]}،

الحديث

[1] – أنظر تخريج الحديث الموالى رقم 2

[2] – عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار، الموطأ كتاب البيوع دار الكتب العلمية رقم الحديث 79 ص424

---

[792] – في المطبوع يسمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 وم161 ويحيى91 وسيد39.

[793] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 وم161 ويحيى91 وسيد39.

[794] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 وم161 ويحيى91 وسيد39.

[795] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 ويحيى91 وسيد39 وفي م161 ولكن.

[796] *– هكذا في النسخ والذي وقفنا عليه في الموطإ والبخاري ومسلم يتفرقا.

نص خليل كَشَهْرٍ فِي دَارٍ وَلاَ يَسْكُنُ.

متن الحطاب 410

ومثله في البخاري ومسلم[1]، ونسب ابن الحاجب الحديث للموطإ لينبه على أنه لا ينبغي أن يقال إن مالكا لم يبلغه/ الحديث بل علمه ورواه ونبه على أنه إنما ترك العمل به لما هو أرجح عنده، فقد قال عقبه في الموطإ: وليس لها حد معروف ولا أمر معمول به. قال ابن العربي: يريد أن فرقتهما ليس لها وقت معلوم قال وهذه جهالة يقف البيع عليها فيكون كبيع الملامسة والمنابذة وكالبيع إلى أجل مجهول فيكون بيعا فاسدا، ولهذا عدل عن ظاهر الحديث الفقهاء السبعة وغيرهم من السلف وأبو حنيفة.

تنبيه: ذكر صاحب الإكمال والمازري أن ابن المسيب يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة فينبغي أن يستثنى، ولهذا قال في الشامل كالفقهاء السبعة، وقيل إلا ابن المسيب وأيضا قال في بعض طرق الحديث: {ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله[2]}، فلو كان خيار المجلس مشروعا لم يحتج إلى الاستقالة، وقد أكثر أصحابنا من الأجوبة عن هذا الحديث، وقد أتى بأكثرها المازري في شرح التلقين وابن دقيق العيد في شرح العمدة.

تنبيه: وافق ابن حبيب والشافعي من أصحابنا المتأخرين عبد الحميد الصائغ وهي إحدى المسائل الثلاث التي حلف عبد الحميد بالمشي إلى مكة أن لا يفتي فيها بقول مالك والثانية التدمية البيضاء والثالثة جنسية القمح والشعير.

فرع: قال في الجواهر: لا يثبت خيار المجلس بالعقد ولا بالشرط. اهـ. يعني أنه لا يثبت بمقتضى العقد كما يقوله ابن حبيب والشافعي ولا بالشرط إذا شرطاه أو أحدهما بل يؤدي إلى فساد العقد إذا شرطاه. والله أعلم.

تنبيه: والنظر في خيار التروي في مدته وفيه الطوارىء فالمدة تختلف باختلاف أنواع المبيعات فإن القصد ما تختبر فيه تلك السلعة وذلك يختلف. قال في الجواهر: النظر الأول في مدته وهي محدودة للأول بزمن العقد وليست محدودة للآخر بزمن واحد وكذا لا بد من تحديده في الجملة، لكن يختلف باختلاف السلعة. اهـ . وقال ابن الحاجب: وحده يختلف باختلاف السلع بقدر الحاجة. قال في التوضيح: في قوله بقدر الحاجة إشارة إلى أنه يضرب من الأجل أقل ما يمكن تقليلا للغرر المذكور. اهـ.

ص: **كشهر في دار** ش: هذا مذهب المدونة، وفي الموازية والواضحة والشهرين، وجعله ابن رشد وابن يونس تفسيرا والأرضون كذلك نقله في التوضيح، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يفترق حكم الدار من الأرضين؛ لأن الحاجة إلى اختبار الدور أكثر، وقال في الشامل: كشهر في دار على المشهور، وقيل وشهرين، وحمل على التفسير، وقيل وثلاثة والأرض، والربع كذلك، وعن مالك في الضيعة سنة. اهـ.

ص: **ولا يسكن** ش: أي لا ينتقل إليها بأهله ومتاعه وله أن يدخلها بنفسه ويبيت بها. قال ابن عرفة: التونسي: له أن يقيم بالدار ليلا لخبرة جيرانها دون سكنى. وقال اللخمي: أما الدار فتسقط الأجرة عنه إذا كان المشتري في مسكن يملكه أو بكراء ولم يخله لأجل انتفاعه بالأخرى وإن كان

الحديث

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار، البخاري الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2111. ولفظ مسلم: البيعان كل واحد منهما بالخيار الخ كتاب البيوع، رقم الحديث1531.

2- المتبايعان بالخيار مالم يفترقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله أبو داوود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 3456، دار إحياء السنة النبوية، الترمذي في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 1251، بلفظ فلا يحل له، دار الفكر.

نص خليل وَكَجُمْعَةٍ فِي رَقِيقٍ وَاسْتَخْدَمَهُ وَكَثَلاَثَةٍ فِي دَابَّةٍ وَكَيَوْمٍ لِرُكُوبِهَا وَلاَ بَأسَ بِشَرْطِ الْبَرِيدِ أشْهَبُ وَالْبَرِيدَيْنِ وَفِي كَوْنِهِ خِلاَفًا تَرَدُّدٌ وَكَثَلاَثَة فِي ثَوْبٍ وَصَحَّ بَعْدَ بَتٍّ.

متن الحطاب سكناه بكراء فأخلاها أو أكراها لم يجز أن يكون الثاني بغير كراء. اهـ. فيفهم من كلام اللخمي أنه يجوز له أن يسكنها بالكراء، وكذلك يفهم من كلام ابن محرز الذي نقله ابن غازي، فذكر أنه إذا سكنها كان عليه كراؤها؛ لأن الغلة للبائع [اختار[797]] المشتري الإمضاء أو الرد. قال: ولو شرط المشتري أن يسكنها بأهله مدة الخيار على أن لا يؤدي كراءها لكان البيع فاسدا؛ لأنه من بيع العربان. اهـ.

ص: **وكجمعة في رقيق واستخدمه** ش: قال ابن عرفة: اللخمي: ولا يغيب أحدهما على الجارية وخدمة العبد للمبتاع لغو وأجر منفعته وخراجه غلة، وقال في الشامل: وحيل بين الأمة والمتبايعين في زمنه وللمشتري استخدامها دون غيبة عليها.

ص: **وكثلاثة في دابة** ش: وكذلك الإبل والبقر والغنم. قاله عبد الحق في التهذيب.

ص: **وكيوم لركوبها** ش: هذا إذا أراد ركوبها في المدينة وإن أراد السفر عليها فالبريد والبريدان كما قال الباجي ونقله ابن غازي.

411 **فرع:** قال في التوضيح:/ واختلف هل للمشتري أن يركب الدابة بمقتضى عقد الخيار ليختبر سيرها وحملها من غير أن يشترط ذلك وهو مذهب أبي عمران، أو ليس له ذلك حتى يشترط وهو مذهب أبي بكر بن عبد الرحمن؟ وقول أبي عمران هو الصحيح. اهـ. وانظر هذا الخلاف هل هو في ركوبها في البلد، أو فيه وفي السفر عليها؟ وهو الذي يظهر من كلام التوضيح ومن كلام ابن عرفة. قال ابن عرفة بعد أن نقل عن ابن عبد السلام نحو ما تقدم عن التوضيح: [وهو[798]] خلاف قول عياض [وقول[799]] أبي بكر بن عبد الرحمن: لا يركب إلا بشرط كقولها إن شرط، وقول أبي عمران يركب وإن لم يشترط إن كان الركوب عرفا في اختبارها. اهـ. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: أتى بالكاف في هذه المدة التي ذكرها ليدخل ما قاربها فهو كقول ابن الحاجب وغيره الشهر ونحوه والجمعة ونحوها، وسيأتي في كلام اللخمي أن الزيادة اليسيرة مكروهة ولا يفسخ بها البيع.

الثاني: ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين كون [الخيار[800]] لاختبار المبيع أو للتروي في ثمنه وهو ظاهر كلام أهل المذهب، وقال المصنف إنه لا فرق بين كون الاختيار لاختبار المبيع أو للتروي في ثمنه، وهو ظاهر اللخمي إن كان الخيار للتروي في الثمن استوى في ذلك الثوب والعبد والدابة وكان الأجل على قدر الثمن وليس الأمد إذا كان الثمن دينارا كالعشرين ولا [العشرون[801]] كالمائة ولا المائة كالألف، ونقل ابن عرفة عن التونسي أنه يكون الأجل في ذلك ثلاثة أيام، ونصه: التونسي

الحديث

---

797 – في المطبوع واختار وما بين المعقوفين من ن عدود ص410 وم161 ويحيى91 وسيد39.
798 – في المطبوع هو وما بين المعقوفين من يحيى92.
799 – في المطبوع قول وما بين المعقوفين من م162.
800 – في المطبوع الاختيار وما بين المعقوفين من ن عدود ص411 وم162 ويحيى92 وسيد39.
801 – في المطبوع والنسخ "العشرين" وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل ....

متن الحطاب والللخمي يختلف أمده بحسب المبيع إن كان لخبرته وإن كان للتروي في ثمنه، فقال التونسي ثلاثة أيام فقط ولو شرط في الدار شهرا للتروي لم يجز إلا ثلاثة. اللخمي: التروي بحسب قدر الثمن ليس الدينار كالعشرة ولا هما كالمائة ولا هي كالألف. اهـ.

قلت: ما نقله عن التونسي لم أره في تعليقه، بل كلامه يقتضي خلاف ذلك، فإنه قال بعد أن ذكر الخيار: إن كان لاختبار المبيع دفع للمشتري وإن كان للتروي في الثمن لم يدفع إليه ما نصه: شرط المشتري في الدار شهرا أو شهرين وفي الجارية جمعة يدل على أنه أراد الاختبار إذ المشورة تكون في يومين أو ثلاثة، وما قارب ذلك ليس كثرة السؤال، والبحث عن شراء دار يريد الإنسان بقاءها له وسكناها ويتعذر عليه شراء مثلها وبيعها إذا لم [توافقه[802]] مثل شراء سلعة يقدر على الانفصال منها وبيعها وشراء مثلها في [قرب،[803]] وكذلك الخادم لا تشبه السلعة، ولو كان الأمر كما ذكرت لوجب أن يسأل عن ضرب شهر في الدار فيقال له بماذا ضربت هذا، فإن قال ليختبر جيرانها أجزناه، وإن قال لأستشير، وأنظر قلنا له لا يجوز هذا ولا يضرب لك في الاستشارة إلا ثلاثة أيام وهم قد أطلقوا القول بأن لك الخيار في الدار شهرا أو شهرين [مع إمكان[804]] الأمرين جميعا. اهـ. فانظر كلامه هذا فإنه يقتضي أن ما ذكره عنه إنما هو بحث، وأن المنقول عن أهل المذهب عدم التفرقة. فتأمله.

وسيأتي في كلام صاحب اللباب أنه قول لبعض الشيوخ، ويأتي أيضا في كلام عياض، وممن سوى بين الاختبار والمشورة. ابن رشد في المقدمات: ونقله عنه أبو الحسن الصغير. قال: وانظر لو كان الخيار للمشورة لا للاختبار هل يفصل في ذلك أم لا؟ ذهب ابن رشد إلى أنه يفصل في ذلك كما في الاختبار، وذهب عياض إلى أنه لا يفصل في ذلك وأن الثلاثة الأيام في الكل. انتهى.

الثالث: لم يذكر المصنف مدة الخيار في الفواكه والخضر، وفي المدونة ومن اشترى شيئا من رطب الفواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم ويحتاجون [فيه[805]] إلى رأيهم فلهم من الخيار في ذلك بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد، ونقله في التوضيح وابن عرفة.

الرابع: ما ذكره المصنف من تحديد مدة الخيار وما بعدها هو المعروف، وقال في اللباب: ومدته غير محدودة على المشهور حكاه عياض، وفي المدونة [هي في[806]] الدار شهر يريد في سائر الرباع، وفي الرقيق الخمسة الأيام/ والجمعة وشبه ذلك والدابة تركب اليوم ونحوه، ولا بأس [باشتراط البريد ونحوه، وفي الثوب اليوم ونحوه واليومين وشبه ذلك لا أكثر. قال بعض الشيوخ: وهذا التحديد إنما 412

الحديث ....

802 - في المطبوع يوافقه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وم 162 .

803 *- في المطبوع ثوب وما بين المعقوفين من يحيى92 وسيد39 وفي م162 قرب ذلك وكذلك.

804 - في المطبوع إمكان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

805 *- في التوضيح ج2 ص533 فيها.

806 - في المطبوع هي ما في وما بين المعقوفين من ن عدود ص411 وسيد39 (وفي م162 هو في الدار شهراه).

نص خليل وَهَلْ إن نُقِدَ تَأوِيلاَنِ وَضَمِنَهُ حِينَئِذٍ الْمُشْتَرِي وَفَسَدَ بِشَرْطِ مُشَاوَرَةِ بَعِيدٍ.

متن الحطاب هو[807]] إذا كان الخيار للاختبار، وإن كان للمشورة فيكون الأمد مقدار ما يشاور فيه. انتهى. وكلام القاضي عياض في [التنبيهات لا[808]] يقتضي ما ذكره عنه، ونصه: وليس لأمده عندنا حد وقدر لا بد منه إلا بحكم السلعة التي تحتاج الخيار من [تقصي بحث[809]] عليها وسؤال واستشارة واختبار، ولكل سلعة في الاختبار حالة بخلاف غيرها، عليه جرى تقدير أئمتنا ومشايخنا في أمد الخيار لعدم المشورة والرأي، فيستوي أمد الخيار في ذلك بقرب ذلك وتساوي السلع فيه، ولعل قوله في اللباب: "ومدته غير محدودة" معناه أنه ليس لها حد واحد كما يقول الشافعي وأبو حنيفة إنه ثلاثة أيام في جميع الأشياء. والله أعلم. ويؤيده قول ابن بشير، ومذهبنا أنه ليس محدودا بزمن مؤقت، بل يختلف باختلاف المبيع، فيطول إن احتيج إلى الطول، ويقصر إذا أغنى في ذلك القصر.

الخامس: قال ابن عرفة: ابن محرز: لو باع عرضا بعرض اعتبر أمد المقصود منهما بالخيار. اهـ. والله أعلم.

ص: وهل إن نقد تأويلان ش: سوى بين التأويلين، وقال في التوضيح: الأكثر على التأويل الأول وهو تقييد المدونة بالنقد، وعليه اقتصر ابن بشير، ونص التوضيح: أكثر الشيوخ على تقييد المدونة بشرط انتقاد الثمن، وإلا لم يجز لأن البائع يكون حينئذ أخذ عن دين وجب له سلعة بخيار وذلك لا يجوز، والتأويل الثاني للخمي فهم المدونة على إطلاقها، وقال في التوضيح: يقع في بعض نسخ ابن الحاجب: وقيد إن نقد. بالدال وفي بعضها: وقيل باللام. قال: والنسخة الأولى أحسن؛ لأنها على طريق الأكثر. اهـ. فيظهر من كلامه في التوضيح ترجيح التأويل الأول. والله أعلم. وقال في الشامل: وهل إن نقد وعليه الأكثر أو مطلقا؟ تأويلان. اهـ.

ص: وضمنه حينئذ المشتري ش: أما إن كان المشتري هو الذي جعل الخيار للبائع فالضمان منه اتفاقا، وأما إن كان البائع هو الذي جعل الخيار للمشتري فقولان مذهب المدونة أنه من المشتري، وروى المخزومي أنه من البائع، وعزاه ابن عرفة للمغيرة. وقال في الشامل: وضمنه حينئذ المشتري ولو جعل البائع الخيار له على الأصح. قال في التوضيح: بناء على أن اللاحقات للعقود هل تقدر واقعة فيها أو لا.

ص: وفسد بشرط مشاورة بعيد ش: وكذا بشرط خياره ورضاه من باب أحرى. قال اللخمي: وإذا كان من شرط رضاه أو خياره أو مشورته غائبا بعيد الغيبة لم يجز البيع.

فرع: قال في الشامل: فإن كان بعيدا فسد ولو ترك المشورة ليجيز البيع لم يصح. اهـ.

تنبيه: فهم من قول المصنف: "وفسد بشرط مشاورة بعيد" أنه يجوز ابتداء وقوف بت البيع على

الحديث

[807] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص412 (وفي م162 ولا بأس باشتراط البريد ونحوه وفي الثوب اليوم ونحوه واليومان ونحو ذلك لا أكثر قال بعض الشيوخ وهذا التحديد إنما هو) (وفي سيد39 ولا بأس باشتراط البريد ونحوه وفي اليوم ونحوه واليومان وشبه ذلك لا أكثر قال بعض الشيوخ وهذا التحديد إنما هو).

[808] – في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص412 وم162 ويحيى92 وسيد39.

[809] *– في المطبوع تقض يجب وما بين المعقوفين من م162 وسيد39.

نص خليل أَوْ مُدَّةٍ زَائِدَةٍ أَوْ.

متن الحطاب مشورة الغير إذا لم يبعد وهو كذلك، ولا إشكال في جوازه.

فرع: قال في النوادر في باب ضمان البياعات: ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن ساوم رجلا سلعة فماكسه المشتري حتى تقف على ثمن فلم يرده البائع على هذا ولا قال له إن رضيت فخذ وإنما هي بكذا، فيقول السائم أذهب بها وأشاور فيقول افعل فيذهب بها المشاور ثم يرضى ويأتي بالثمن فيبدو للبائع، أو يقول بعتها ممن زاد عليك، وإنما بيني وبينك سوم فالبيع تام إن رضيه المبتاع وليس من سام بشيء فقال المبتاع قد أخذتها فيبدو للبائع كمن وقف على ثمن سلعة ودفعها إلى المبتاع فذلك يلزمه إلا أن [يقيله[810]] المبتاع، وإن هلك ذلك بيد المبتاع قبل أن يرضى به فهو من البائع. اهـ. فيؤخذ من هذه المسألة أن السلعة إذا لم يحصل فيها عقد البيع فمصيبتها من ربها. اهـ. والله أعلم.

ص: **أو مدة زائدة** ش: قال ابن عرفة: ولو شرط بعيد أمد فالنص فسخ البيع ثم ذكر عن اللخمي أنه خرج إمضاءه من القول بإمضاء بيوع الآجال حيث لم تكن العادة جارية بما اتهما عليه. قال: ورده المازري بأن فساد بيع الخيار معلل بالغرر.

413 **فرع:** وعلى الفسخ/ فلو أسقط ذلك لم يصح البيع، وقال في الجواهر: ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمد خيارها في العادة فسد العقد. قال القاضي أبو محمد: ولا يصح العقد بإسقاط مشترطه له بخلاف مشترط السلف إذا أسقطه؛ لأنه اشترط أن يكون له الخيار بين الإمساك والرد طول هذا الأمد فإذا اختار الإمضاء فقد عمل بمقتضى الشرط الفاسد، ثم ذكر عن المازري أنه خرج قولا بالإمضاء إذا أسقط الشرط، ونقل ابن عرفة كلام القاضي والمازري ورد تخريجه. ثم قال: قال المازري وهذا إذا أسقط بت البيع، ولو أسقط الزائد على المدة المشروعة ففيه نظر على مأخذه.

تنبيه: أطلق المصنف الفساد بالمدة الزائدة، وقيده في الشامل بأن تكون زادت كثيرا قال: وإلا كره ذلك، ونصه: وبمدة جهلت كقدوم زيد أو زادت كثيرا، وإلا كره .اهـ. ولم يذكر ذلك في التوضيح ولا ابن عرفة، وأصله للخمي قال: الأجل على ثلاثة جائز ومكروه وممنوع، فإن كان مدة تدعو الحاجة إليها جاز، وإن زاد يسيرا كره ولم يفسخ، وإن بعد الأجل كان مفسوخا، وهذا قول مالك. [اهـ[811]] ويؤيده ما ذكره في التوضيح عن ابن المواز في الخيار في الرقيق أنه قال: وإن وقع على عشرة أيام في العبد والأمة لم أفسخه وأفسخه في الشهر، وفي الجواهر: قال محمد: الأربعة الأيام والخمسة [و[812]]لا أفسخه في عشرة أيام وأفسخه في الشهر. اهـ.

فرع: وإن قلنا إن البيع يفسخ بالمدة الزائدة إذا كثرت فهل ضمان [المبيع[813]] من البائع كما في بيع الخيار الصحيح، أو حكم الضمان حكم البيع الفاسد؟ في ذلك طريقتان: الأولى لابن رشد أن الضمان من البائع لم يحك في ذلك خلافا. قال في سماع سحنون من كتاب بيع الخيار عن ابن القاسم فيمن اشترى سلعة بالخيار أربعة أشهر إن مصيبتها من البائع وإن كان فاسدا. قال ابن رشد: هذا بين لأن

الحديث ....

---

[810] *- في المطبوع يقبله وما بين المعقوفين من م161.

[811] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص413 وم163 ويحيى93 وسيد40.

[812] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص413 وم163 ويحيى93 وسيد40.

[813] - في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص413 وم163 ويحيى93 وسيد40.

نص خليل مَجْهُولَةٍ.

متن الحطاب البيع الفاسد إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض إذا لم يكن فيه خيار والضمان من البائع في بيع الخيار إذا كان صحيحا فكيف إذا كان فاسدا والثانية للتونسي وعبد الحق وغيرهما في ذلك قولان، قال عبد الحق في تهذيبه: واختلف إذا كان الخيار طويلا جدا لا يجوز مثله في أمد البيع ممن ضمانها فقيل من البائع ما دام الخيار قائما [وقيل[814]] لذلك حكم البيوع الفاسدة بغير هذا ويكون الضمان من المشتري بالقبض. اهـ. ونقل ابن عرفة القولين، وصوب التونسي الأول وهو الظاهر، ويكفي في ترجيحه اقتصار ابن رشد عليه، ويؤيد ذلك ما ذكره في هذا الفرع الذي يليه فإنه مبني عليه. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: قال سحنون لو شرط في عقد ثلاث سنين وبنى المبتاع وغرس في أمد الخيار والخيار للبائع لم تفت بذلك ورد للبائع وللمبتاع قيمة بنائه منقوضا، وإن بنى بعد أجل الخيار المشترط فذلك فوت يوجب على المبتاع قيمة المبيع يوم انقضاء أمد الخيار. اهـ. ولم يذكر ابن عرفة خلافا، والمسألة في نوازل أصبغ عن سحنون من كتاب بيع الخيار ولم يحك ابن رشد فيها خلافا، وذكرها ابن يونس، ثم قال: وروى ابن سحنون عن أبيه فيمن اشترى سلعة وشرط خيار سنة أو سنتين أن البيع فاسد وضمانها من المشتري من يوم قبضها. اهـ. ففهم منه أن البناء والغرس على هذا القول يكون فوتا ولو كان في أمد الخيار، ويفهم ذلك من كلام صاحب الذخيرة فإنه [قال:[815]] قال ابن يونس: فإن شرط الخيار سنتين فبنى وغرس والخيار للبائع فليس فوتا ويكون فيه قيمته منقوضا، وإن بنى بعد أجل الخيار فهو فوت وعليه قيمة الدار يوم انقضاء أمد الخيار. قاله سحنون. وقال أيضا: يضمن المشتري يوم القبض كالبيع الفاسد. اهـ. وتبعه صاحب الشامل، إلا أن كلامه في الشامل يوهم أن هذا الفرع مفرع على القول بأن الخيار في [الضيعة[816]] يجوز إلى سنة أو فرع مستقل في بيع الخيار وليس كذلك، ويوهم أيضا أن القول الثاني بضمان القيمة إنما هو فيما إذا بنى وغرس بعد أمد الخيار وليس كذلك، وأيضا/ فالذي رأيته في النسخ الموجودة منه ما نصه: فإن بنى أو غرس والخيار للبائع لم يفت وعليه قيمته منقوضا إلا أن يبعد أمد الخيار فله قيمة المبيع يوم مضيه وقيل يوم القبض فقوله: "إلا أن يبعد" من البعد ضد القرب ليس له معنى وصوابه إلا [أن يتعدى[817]] أي يتجاوز أمد الخيار فتأمله. 414

ص: **أو مجهولة** ش: قال في الجواهر: كقولهما إلى قدوم زيد ولا أمارة عندهما إلى قدومه أو إلى أن يولد لفلان ولا حمل عنده أو إلى أن ينفق سوق السلعة ولا أوان يغلب على الظن عرفا أنها تنفق فيه إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة والبيع فاسد. اهـ. فعلم منه أن الأجل إذا كان معلوما

الحديث ....

---

814 *- في المطبوع وقيد وما بين المعقوفين من م163 وسيد40 وفي يحيى93 وقيل إن ذلك.

815 *- ساقطة من المطبوع ووردت في م163 وسيد40 ويحيى93.

816 *- في المطبوع وم163 الصيغة وفي يحيى93 الصيغة وما بين المعقوفين من سيد40.

817 *- في المطبوع أن يبعد وما بين المعقوفين من م163 ويحيى93 وسيد40.

نص خليل أَوْ غَيْبَةٍ عَلَى مَا لاَ يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ.

متن الحطاب [بالعرف كقدوم[818]] الحاج ونحوه جاز إذا لم يكن زائدا على المدة المعتبرة في تلك السلعة. والله أعلم.
فرع: قال في الذخيرة عن الطرطوشي: إذا شرط خيارا بعيد الغيبة أو أجلا مجهولا فسد وإن أسقطه. اهـ.
فرع: الظاهر أن حكم الضمان في هذه المسألة حكم الضمان في المسألة السابقة.
ص: أو غيبة على ما لا يعرف بعينه ش: هكذا قال سحنون في أوائل كتاب الخيار من المدونة، ونصه لما ذكر الخيار في الفواكه والخضر فقال: من غير أن يغيب المبتاع على ما لا يعرف عينه من مكيل أو موزون فيصير تارة سلفا وتارة بيعا. ثم قال: وذلك جائز فيما يعرف عينه. اهـ. وظاهر ما ذكره من التعليل في المدونة أنه يفسد البيع ونحوه لابن الحاجب وغيره. قال في التوضيح: وأطلق المصنف في قوله لا يغاب ومراده الغيبة بالشرط وإلا فلو تطوع البائع بإعطاء السلعة للمشتري جاز لأن التعليل يرشد إليه لأنه إنما يكون تارة بيعا وتارة سلفا مع الاشتراط كما في الثمن. اهـ . وظاهر إطلاق قول المصنف أو غيبة أن غيبة البائع أيضا ممتنعة. قال في التوضيح: وقد نص في الموازية على امتناع غيبة البائع أيضا على ما لا يعرف بعينه قال [وليحز[819]] عنهما جميعا، والتعليل المذكور حاصل ويقدر كأن المشتري التزمه وأسلفه فيكون بيعا إن لم يرده وسلفا إن رده، وأجاب بعض الشيوخ يبقى بيد بائعه؛ لأنه عين شيئه.
تنبيهان: الأول: ما ذكره الشيخ من فساد البيع باشتراط الغيبة على ما لا يعرف بعينه مخالف لما قاله اللخمي ونقله عنه ابن عرفة وقبله، ولم يحك خلافه، ونصه ناقلا عن المدونة: سحنون ولا يغيب مبتاع على مثلي اللخمي إلا أن يطبع، فإن غاب دونه لم يفسد البيع بشرط ويجوز طوعا. اهـ.
ونص كلام اللخمي: [والخيار[820]] في الفواكه الرطبة واللحم جائز إلى مدة لا يتغير فيها، ولا يغيب عليها البائع ولا المشتري إلا أن يطبع عليها أو يكون الثمر في شجرة، فإن غاب عليها أحدهما ولم يطبع عليها لم يفسد البيع ولا يتهم إن كان الخيار للبائع أن يقصد بالبيع [هذه[821]] أو مثلها، ولأن للمشتري أن يتسلفها ويرد مثلها، وكذلك كل ما بيع بالخيار مما يكال أو يوزن كالقطن والكتان أو القمح والزيت فلا يغيب عليه بائع ولا مشتر فإن فعلا مضى ولم يفسخ.
الثاني: يفهم من قول المصنف: "ما لا يعرف بعينه" أن ما يعرف بعينه [تجوز[822]] الغيبة عليه، وهو كذلك كما تقدم عن المدونة، وهل يقضى بتسليمه للمشتري إذا طلب ذلك؟ قال اللخمي: الخيار يكون لثلاث للتروي في الثمن ولعلم غلائه من رخصه، والثاني ليؤامر نفسه في العزم على الشراء مع

الحديث ....

[818] – في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص414 وم163 ويحيى93 وسيد40.
[819] *- في المطبوع وم163 وليجز وفي سيد40 وليجر وما بين المعقوفين من يحيى93.
[820] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص414 وم163 ويحيى94 وسيد40.
[821] – في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص414 وم163 ويحيى94 وسيد40.
[822] *- في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من م163 ويحيى94 وسيد40.

نص خليل أَوْ لُبْسِ ثَوْبٍ.

متن الحطاب 415

علمه بموضع الثمن من الغلاء والرخص، والثالث ليختبر المبيع وأي ذلك قصد بالخيار جاز، وإذا كان الخيار ليتروى في/ الثمن لم يكن له قبض المبيع؛ لأن ذلك يصح مع كونه عند بائعه وإن كان ليعاود نظره في الثوب أو العبد وما أشبه ذلك أو ليختبر المبيع كان له قبضه فإن لم يبين الخيار لما أراده كان محمله على غير الاختبار لأن المفهوم من الخيار أنه في العقد إن شاء رده وإن شاء قبل، فإن قال المشتري سلمه إلي لنختبره لم يكن له ذلك إلا بشرط. اهـ.

ونقله ابن عرفة مختصرا مجحفا، فقال اللخمي الخيار لخبرة المبيع والتروي في ثمنه أو كسبه له قبضه للأول [إن بينه[823]] وإلا فلا. اللخمي: إن اتفقا على وقوعه مطلقا، [وإن ادعى[824]] كل قصدا نقيض [قصد[825]] الآخر فسخ. اهـ. وقال في اللباب: الخيار إن كان للتروي في الثمن لم يكن له قبض السلعة، وإن كان ليعاود نظره في الثوب أو ليختبره جاز له قبضه. اهـ. وكذا قال التونسي إنه إذا امتنع البائع من دفع المبيع للمشتري، وقال إنما فهمت عنه المشورة لا أن أدفع إليه عبدي فذلك للبائع ولا يدفع للمشتري ليختبره إلا بشرط لأن الخيار تارة يكون للمشورة وتارة للاختبار، ولا يلزم الاختبار إلا بشرط. اهـ.

ص: أو لبس ثوب ش: يعني أنه يفسد البيع إذا شرط المشتري لبس الثوب في أيام الخيار. قال في التوضيح: فإذا فسخ لزمه الكراء لأجل اللبس. ابن يونس: بلا خلاف ولم يجعله كسائر البيوع الفاسدة إذا فسخت فإنه لا يلزم المشتري رد الغلة، وذكر ابن يونس عن بعض الأصحاب أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد هل ضمانها من البائع أو من المبتاع؟ ابن يونس: فعلى أن الضمان من المبتاع لا يلزمه شيء في اللبس كسائر البيوع الفاسدة. فتأمل كلام ابن يونس، فإن حكايته الخلاف ثانيا يخالف ما حكاه أولا من الاتفاق، وقاله أبو الحسن. اهـ. وفيه نظر.

تنبيهات: الأول: قال أبو الحسن الصغير: قوله ولا يشترط لبس الثوب يعني اللبس الكثير، وليس مراده أن يقيسه عليه، واختصره أبو إسحاق، وأما الثوب فإنما يشاور فيه ويقيسه.

الثاني: قوله في التوضيح: فإذا فسخ لزمه الكراء لأجل اللبس ظاهره أنه يلزمه كراء اللبس، سواء نقصه أو لم ينقصه، والذي في ابن يونس أنه يلزمه قيمة اللبس إذا نقصه ذلك، وكذلك نقله القرافي.

الثالث: ما ذكره الشيخ من [التدافع[826]] في كلام ابن يونس ليس فيه فيما رأيت، ونصه: "وإذا فسد البيع في اشتراط لبس الثوب ونقص كان على المبتاع قيمة لبسه، وذكر بعض أصحابنا أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد في أيام الخيار فهلكت السلعة ممن ضمانها فقيل من البائع فيكون الحكم في قيمة اللبس مثل ما قدمنا، وقيل من المبتاع يوم قبضها كسائر البيوع الفاسدة فيكون على هذا لا شيء عليه في اللبس كسائر الغلات".ابن يونس: ولم أر إذا فسد البيع باشتراط النقد خلافا أن المصيبة من البائع، وإنما اختلف إذا فسد البيع باشتراط الخيار الطويل الذي لا يجوز في تلك السلعة فقال

الحديث ....

---

823 *- في المطبوع وم163 أن يبينه وما بين المعقوفين من يحيى94 وسيد40.

824 *- في يحيى94 وإن ادعى كل نقيض قصد الاخر فسخ اهـ.

825 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص415 وم163 ويحيى94 وسيد40.

826 - في المطبوع الترافع وما بين المعقوفين من ن عدود ص415 وم164 ويحيى94 وسيد40.

نص خليل ....

متن الحطاب سحنون عن ابن القاسم إن الضمان من البائع، وقال عنه ابنه إن الضمان من المشتري من يوم القبض؛ لأن الخيار وقع فاسدا، وهذا بخلاف إذا صح الخيار وفسد البيع لاشتراط النقد فيه أن الضمان ها هنا من البائع: لأن الخيار ها هنا صحيح. ابن يونس: فعلى هذا تكون قيمة لبس الثوب على المشتري بلا خلاف فانظره. اهـ. فليس في كلامه رحمه الله تدافع؛ لأنه حكى عن بعض الأصحاب الخلاف في ضمان المبيع إذا فسد البيع باشتراط النقد، وأن البعض المذكور خرج [على[827]] ذلك الخلاف في أجرة لبس الثوب، ثم رد عليه حكاية الخلاف في مسألة اشتراط النقد، وأنه لا [خلاف أن الضمان فيها[828]] من البائع، ثم فرع على ذلك أنه إذا لم يكن في ذلك خلاف فلا [خلاف أيضا[829]] في مسألة الثوب، وهو كلام حسن فتأمله.

وتحصل من كلامه أن بيع الخيار إذا فسد فإن كان فساده من جهة الخيار [كاشتراط[830]] المدة البعيدة فاختلف في الضمان، وإن كان فساده ليس من جهة الخيار فلا خلاف أن الضمان من البائع، وإذا/ علم ذلك علم حكم الضمان في هذه المسائل التي [ذكر[831]] المصنف أنها فاسدة، وقد تقدم الكلام في حكم الضمان في المدة الزائدة، وأن الراجح أن الضمان من البائع والظاهر أن المدة المجهولة كالمدة الزائدة؛ لأن الفساد من جهة الخيار، وأما مسألة الغيبة على ما لا يعرف بعينه ومسألة الثوب ومسألة اشتراط النقد فالضمان من البائع ولو قبض المشتري السلعة حتى تمضي أيام الخيار. والله أعلم. وقد ظهر وجه لزوم الأجرة للمشتري لأن الضمان من البائع والغلة له، وتقدم في كلام ابن رشد أن البيع الفاسد إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض إذا لم يكن بيع خيار. وبعض الأصحاب الذي أشار إليه ابن يونس هو عبد الحق في التهذيب فإنه ذكر نحو ما قال ابن يونس. والله أعلم.

416

الرابع: لا خصوصية للثوب بما ذكر بل حكم الدار والعبد والدابة، كذلك قال أبو إسحاق لما تكلم على مسألة الدار والعبد، ولا يجوز اشتراط الانتفاع بذلك إذا كان له ثمن وفيه له انتفاع، ولا ينتقل إلى الدارِ بمعنى أنه يسكنها ويصرف عن نفسه مؤنة كراء دار كان يسكنها، وإنما يمضي وحده فيقيم فيها ليْلاً يختبر أمر الجيران من غير انتفاع بذلك ولا نقل فرش إليها، وكل أمد من هذا يكون له ثمن وله فيها انتفاع فلا يصح شرطه، ولا أن يفعل بغير شرط، وما لا قدر له فجائز أن يشترط، فإن لم يشترط لم يلزم البائع بدفع المبيع [إلى المشتري[832]] ليختبره إلا بشرط. اهـ. وقد تقدم في كلام ابن غازي عن ابن محرز أنه يفسد البيع بشرط سكنى الدار من غير كراء، وتقدم أيضا عن اللخمي أنه

الحديث ....

---

[827] – في المطبوع عن وما بين المعقوفين من ن عدود ص415 وم164 ويحيى94 وسيد40.

[828] – في المطبوع ويحيى94 لا خلاف فيها أن الضمان وما بين المعقوفين من ن عدود ص415 وم164 وسيد40.

[829] – هكذا في ن عدود ص415 وسيد40 و في المطبوع "خلاف فلا وأيضا" وصوبه الشيخ محمد سالم بـ: فلا خلاف أيضا وهو الذي في م164 ويحيى94.

[830] *– في المطبوع لاشتراط وما بين المعقوفين من م164 ويحيى94 وسيد40.

[831] *– في المطبوع ذكرها وما بين المعقوفين من م164 ويحيى94 وسيد40.

[832] *– في المطبوع إلى البائع وما بين المعقوفين من م164 ويحيى94 وسيد40.

نص خليل وَرَدَّ أُجْرَتَهُ وَيَلْزَمُ بِانْقِضَائِهِ وَرُدَّ فِي كَالْغَدِ وَبِشَرْطِ نَقْدٍ كَغَائِبٍ وَعُهْدَةِ ثَلَاثٍ وَمُوَاضَعَةٍ.

متن الحطاب قال: أما الدار فتسقط الأجرة عن المشتري إذا كان في مسكن يملكه أو بكراء ولم يخله لأجل انتفاعه بالأخرى، وإن كان سكناه في كراء فأخلاها أو أكراها لم يجز أن يكون الثاني بغير كراء. اهـ. وقد تقدم في كلام ابن محرز أنه إن سكن أدى الأجرة. ثم قال اللخمي: وكذلك الدابة إن كان [اختبارها[833]] فيما لا تستأجر له جاز بغير عوض، وإن كان فيما [تستاجر[834]] له ولم تختبر مدة لم يجز إلا بعوض، والعبد على ثلاثة أوجه: عبد خدمة، وعبد صناعة، وعبد خراج؛ فعبد الخدمة لا تكون له أجرة، وإن كان ذا صنعة ويقدر المشتري على معرفتها وهو عند سيده فعل ذلك، وإلا عمل عند المشتري وتكون عليه الأجرة لذلك، إلا [أن يحدا[835]] من اختباره الشيء اليسير الذي لا تكون له أجرة، وإن كان من عبيد الخراج وأراد المشتري معرفة كسبه كل يوم كان للمشتري أن يبعثه في مثل ذلك ويكون ما يكسبه للبائع، وإن دخل على أنه للمشتري لم يجز، وإذا ثبت العوض عن هذه الأشياء -سكنى أو غيرها- فإنه ينبغي أن يكون العوض معلوما، فإن قبل المشتري بعد انقضاء الأمد كان للبائع الثمن والأجرة، وإن قبل [قبل الانتفاع به سقطت الاجرة، وإن قبل[836]] بعد مضي بعض ذلك الأمد كان له من الأجرة بقدر ما انتفع وسقط ما سواه. اهـ. والله أعلم.

ص: **ورد في كالغد** ش: هو كقوله في المدونة: وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار أو كالغد وقرب ذلك فذلك له. قال أبو الحسن: يعني بالقرب اليوم واليومين والبعيد ثلاثة أيام. اهـ.

فرع: قال في المدونة: ولو شرط إن لم يأت المبتاع قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع لم يجز، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان [أكان يلزمه[837]] البيع. قال ابن يونس: قال ابن القاسم في كتاب محمد ويفسخ البيع، وإن فات الأجل الذي يجب به البيع. ابن يونس عن القابسي: هذه المسألة تحمل على اختلاف قول مالك فيمن باع سلعة وشرط إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا وإلا فلا بيع بينهما، فقد قال فيها في آخر تأويله إنه يفسخ البيع وإن أسقط الشرط ورآه بيعا فاسدا، فالذي قاله محمد في هذه المسألة جار على هذا القول، ويحتمل أن يجري فيها الاختلاف كما جرى في هذه، وفرق بينهما بعض الناس بأن البيع في هذه المسألة لم يتم فوجب فسخه، وفي تلك تم فوجب إسقاط الشرط. ابن يونس: والصواب أن المسألتين/ سواء [ويدخلهما[838]] الاختلاف. اهـ. 417

قلت: وإذا كان كذلك فالمشهور في [مسألة[839]] إن لم يأت بالثمن صحة البيع وسقوط الشرط، فيكون كذلك في هذه المسألة، ويكون قوله في المدونة: "لم يجز" أي ابتداء فتأمله. والله أعلم.

ص: **وبشرط نقد** ش: هو معطوف على قوله: "بشرط مشاورة بعيد"، ويعني أن بيع الخيار يفسد إذا

الحديث ....

[833] - في المطبوع اختارها وما بين المعقوفين من ن عدود ص416 وم164 ويحيى94 وسيد40.
[834] *- في المطبوع وم164 يستأجر وما بين المعقوفين من يحيى94 وسيد40.
[835] - في المطبوع نحوا وما بين المعقوفين من م164.
[836] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص416 وم164 ويحيى95 وسيد40.
[837] *- في المطبوع كان يلزم وما بين المعقوفين من م164 وفي يحيى95 وسيد40 أكان يلزم.
[838] - في المطبوع ويدخلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 وم164 ويحيى95 وسيد40.
[839] - في المطبوع المسألة وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 وم164 ويحيى95 وسيد41.

نص خليل وَأَرْضٍ لَمْ يُؤْمَنْ رِيُّهَا وَجُعْلٍ وَإِجَارَةٍ لِحِرْزِ زَرْعٍ وَأَجِيرٍ تَأَخَّرَ شَهْرًا وَمُنِعَ وَإِنْ بِلاَ شَرْطٍ فِي مُوَاضَعَةٍ وَغَائِبٍ وَكِرَاءٍ ضُمِنَ وَسَلَمٍ بِخِيَارٍ.

متن الحطاب اشترط البائع فيه على المشتري أن ينقده الثمن؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الثمن تارة بيعا وتارة سلفا، وفهم من قوله وبشرط نقد أن التطوع بالنقد جائز وهو كذلك، قال في أول كتاب الخيار من المدونة: والنقد فيما بعد من أجل الخيار [أو قرب لا[840]] يحل بشرط، وإن كان بيع الخيار بغير شرط النقد فلا بأس بالنقد فيه. اهـ. قال في التوضيح في الكلام على بيع الغائب لما ذكر هذه النظائر: وإنما جاز النقد مع عدم الاشتراط لضعف التهمة، وقال ابن عبد السلام هنا كما لو تطوع المشتري بأن سلف البائع بعد عقدة البيع.

تنبيهات: الأول: إذا تواطآ على النقد قبل عقد البيع ولم يشترطاه في عقدة البيع فذلك بمنزلة الشرط وهو واضح، بل لو فهم ذلك من غير تصريح به فالظاهر أنه كالشرط فتأمله.

الثاني: قال ابن الحاجب: ولو أسقط [شرط[841]] النقد لم يصح بخلاف مسقط السلف، وقيل مثله، والفرق بينهما على المشهور أن الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية لأنه غرر في الثمن إذ المقبوض لا يدرى هل هو ثمن أم لا؟ ومسألة شرط السلف الفساد موهوم وخارج عن الماهية. قال في التوضيح: وقال في النكت: قال بعض الأندلسيين، وإذا وقع البيع باشتراط النقد فقيل لهما إن هذا لا يجوز فقال البائع أنا أسقط تعجيل النقد وأمضي البيع بالخيار فينبغي على أصولهم أن لا يكون ذلك له وأن يكون بيعهما فاسدا، بخلاف من باع سلعة واشترط أن يسلفه المشتري، ثم قال أنا أسقط السلف قبل أن يقبضه وأمضي البيع فتدبر ذلك. اهـ. وقال في الشامل: ولو أسقط شرط النقد لم يصح على المنصوص. اهـ.

الثالث: لو طلب البائع وقف الثمن أي إخراجه من يد المشتري ووضعه على يد أمين حتى يتبين مآل أمر البيع هل يتم فيأخذه البائع، أو لا فيرجع إلى المشتري لم يلزم المشتري ذلك؟ قال بعضهم اتفاقا، وحكى بعضهم فيه قولا بالاتفاق قياسا على المشهور في المواضعة والغائب من لزوم إيقافه، والفرق على المشهور أن البيع في المواضعة والغائب قد انبرم وفي بيع الخيار لم ينبرم، ونقله ابن الحاجب وصاحب الشامل وغيرهما. والله أعلم.

ص: وأرض لم يؤمن ريها ش: الري بكسر الراء وفتحها. قال في الصحاح: تقول رويت من الماء بالكسر/ أروى ريا وروى مثل رضا. اهـ. وما ذكره المصنف هو نحو قوله في أكرية الدور والأرضين من المدونة: وإن [اكتريت[842]] من رجل أرضه قابلا وفيها زرع [له[843]] أو لمكتري عامه جاز، فإن كانت مأمونة كأرض النيل جاز النقد فيها، وإلا لم يجز بشرط، وقال الشارح: ظاهر كلام 418

الحديث ....

---

840 – في المطبوع أقرب ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 وم164 ويحيى95 وسيد41.

841 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 وم165 ويحيى95 وسيد41.

842 – في المطبوع أكريت وما بين المعقوفين من ن عدود ص418 وم165 ويحيى95 وسيد41.

843 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص418 وم165 ويحيى95 وسيد41.

نص خليل

وَاسْتَبَدَّ بَائِعٌ أَوْ مُشْتَرٍ عَلَى مَشُورَةِ غَيْرِهِ لاَ خِيَارِهِ وَرِضَاهُ وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضًا عَلَى نَفْيِهِ فِي مُشْتَرٍ وَعَلَى نَفْيِهِ فِي الْخِيَارِ فَقَطْ وَعَلَى أَنَّهُ كَالْوَكِيلِ فِيهِمَا وَرَضِيَ مُشْتَرٍ كَاتَبَ أَوْ زَوَّجَ وَلَوْ عَبْدًا.

متن الحطاب

المصنف أن التطوع بالنقد جائز، ونص الفاكهاني في شرح الرسالة على خلافه. انتهى. وقول المدونة: وإلا لم يجز بشرط موافق لظاهر كلام المصنف. والله أعلم.

419

ص: **واستبد بائع أو مشتر على مشورة غيره** ش: قال/ في الشامل: على الأصح.

فرع: قال في الشامل: ولو مات فكذلك، وقيل لا يلزم [البيع.[844]] اهـ. والمشورة الشورى، وكذلك الشورة بضم الشين. قاله في الصحاح.

ص: [ورضي[845]] **مشتر كاتب** ش: وكذلك إذا وهب أو تصدق. قال في الشامل: ولو تصدق مشتر أو وهب لغير ولد صغير، وقيل مطلقا أو بنى الأرض أو غرس أو أعتق ولو بعضا أو لأجل أو دبر فهو راض. اهـ. ولم يفصل في العتق، وقال اللخمي ومن اشترى على خيار فوهب أو تصدق أو أعتق أو دبر أو كاتب أو أولد أو وطىء أو قبل أو باشر أو نظر إلى الفرج كان ذلك رضا وقبولا للبيع. ثم قال: وعتق من له الخيار من بائع أو مشتر ماض وهو من البائع رد ومن المشتري قبول، وإن أعتق من لا خيار له افترق الجواب، فإن أعتق البائع والخيار للمشتري كان عتقه موقوفا فإن قبل المشتري سقط عتق البائع وإن رد مضى عتقه، وإن أعتق المشتري والخيار للبائع فإن رد البائع سقط عتق المشتري، وكذلك إن مضى له البيع لم يلزمه العتق لأنه أعتق ما ليس في ملكه ولا في ضمانه، ويفارق هذا المشتري بشراء فاسد فيعتقه قبل القبض فإن العتق ماض على قول ابن القاسم؛ لأنه سلطه على العتق ولم يسلطه في بيع الخيار، ويصح أن يقال يلزمه العتق قياسا على قول ابن حبيب فيمن اشترى عبدا على خيار فجنى عليه ثم قبل من له الخيار، وكأنه لم يزل له من يومئذ. انتهى.

فرع: قال في الشامل: ولو اشترى عبدا بأمة بالخيار ثم أعتقهما قبل انقضائه عتقت الأمة فقط ولزم من عتقها رد [البيع.[846]] اهـ. وهو في التبصرة للخمي ونقله غيره، ثم قال اللخمي: قال أبو الفرج: قال مالك في الأمة تباع على خيار فوطئها من لا خيار له فولدت واختارها الآخر فهي له دون من لا خيار له، والولد حر على الواطىء بالقيمة، والأمة رد على الآخر فدرأ الحد وألحق النسب؛ لأنه وطىء بوجه شبهة، فإن كان من البائع فلأنها ملكه وفي ضمانه، وإن كان من المشتري فلأن العقد شبهة ولم يمض الأمة أم ولد كما لم يمض عتقها لو أعتقها من لا خيار له. اهـ. ونقل ابن عرفة الفرعين وقبلهما، ونصه: وعتق البائع والخيار للمبتاع لغو إن بت البيع وماض إن رد.

قلت: لم يذكروا خلافا، وهي حجة لابن رشد على ابن بشير والمازري في أنه على الحل وعكسه العتق لغو. اللخمي: لعدم ملك المبتاع وإذن البائع له في التصرف، بخلاف عتق المبتاع مبيعا فاسدا وخرج لزومه إن بت من قول ابن حبيب الأرش للمبتاع والمازري من انتقال الملك بالعقد. ثم قال:

الحديث

....

---

844 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص419 وم165 ويحيى95 وسيد41.

845 – في المطبوع ورضا وما بين المعقوفين من ن عدود ص419 وم165 ويحيى95 وسيد41.

846 *– في عدود 419 العبد نسخة وهي التي في م165 ويحيى95 وسيد41.

نص خليل

أَوْ قَصَدَ تَلَذُّذًا أَوْ رَهَنَ أَوْ آجَرَ أَوْ أَسْلَمَ لِلصَّنْعَةِ أَوْ تَسَوَّقَ أَوْ جَنَى إِنْ تَعَمَّدَ أَوْ نَظَرَ الْفَرْجَ أَوْ عَرَّبَ دَابَّةً أَوْ وَدَجَهَا لاَ إِنْ جَرَّدَ جَارِيَةً وَهُوَ رَدٌّ مِّنَ الْبَائِعِ إِلاَّ الإِجَارَةَ وَلاَ يُقْبَلُ مِنْهُ أَنَّهُ اخْتَارَ أَوْ رَدَّ بَعْدَهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ وَلاَ يَبِعْ مُشْتَرٍ فَإِنْ فَعَلَ فَهَلْ يُصَدَّقُ أَنَّهُ اخْتَارَ بِيَمِينٍ أَوْ لِرَبِّهَا نَقْضُهُ قَوْلاَنِ وَانْتَقَلَ لِسَيِّدِ مُكَاتَبٍ عَجَزَ.

متن الحطاب

وروى أبو الفرج إن حملت من ذي الخيار منهما وبت كانت لذي الخيار مع قيمة الولد ولا حد. اهـ. ثم قال اللخمي: وإن بنى أو غرس من لا خيار له، فإن كان المشتري فأمضى البائع له البيع مضى فعله، وإن رد كان على البائع قيمة ذلك منقوضا، وهو قول سحنون في العتبية ولم يجعله بمنزلة من بنى بوجه شبهة، وإن كان البائع فقبل المشتري كان له على قول سحنون أن يدفع للبائع قيمة ذلك منقوضا لأنه وإن كان فعل ذلك في ملكه فإنه متعد على المشتري لما عقد له من البيع. اهـ. ونقله في الذخيرة، ونصه: قال اللخمي: البناء والغرس رضا من المشتري ورد من البائع، فإن فعله من ليس له خيار وهو المشتري وأمضى له البيع مضى أو يرد كان له قيمة ذلك منقوضا؛ لأنه بغير إذن. قاله سحنون. أو هو البائع وقبل المشتري فعلى قول سحنون يدفع للبائع قيمته منقوضا؛ لأنه وإن فعل ذلك في ملكه فهو متعد على المشتري. اهـ.

ص: **أو قصد تلذذا** ش: قال ابن عرفة: ابن حبيب: قرصها أو مس بطنها أو ثديها أو خضب يديها/ بحناء أو ضفر رأسها بغسل دليل لا فعلها ذلك دون أمره. اهـ. ولابن غازي هنا كلام في قوله: أو قصد وسبقه إليه الشارح، وأصله لابن عبد السلام، ونقله المصنف في التوضيح فراجعه، واكتفى المصنف عن ذكر الوطء بالتلذذ لدخوله من باب أولى كما قال الشارح. قال ابن عرفة: ووطء ذي الخيار بائعا رد ومبتاعا بت فإن كان وخشا عجل الثمن وتوقف العلية للاستبراء. اللخمي: اتفاقا كبيع بت وضمانها بيد المشتري قبل الوقف. اهـ.

420

ص: **وهو رد من البائع إلا الإجارة** ش: شمل جميع ما تقدم، وبقي عليه شيء لو استثناه لكان حسنا وهو إسلامه للصنعة، فإن اللخمي استثناه مع الإجارة، ونقله ابن عرفة عنه.

ص: **ولا يقبل منه أنه اختار أو رد بعده إلا ببينة** ش: يريد إذا لم يكن في يد من له الخيار، وأما إذا كان في يد من له الخيار فإن مُضِيَ أيام الخيار وهو في يده يقتضي أنه اختار [يريد -والله أعلم- إذا كان مشتريا، وأما البائع فيقتضي أنه رد كما تقدم،[847]] ويلزمه أن لا يرد في كالغد.

ص: **ولا يبع مشتر فإن فعل فهل يصدق أنه اختار بيمين أو لربها نقضه قولان** ش: في بعض النسخ ولا يبع على أن لا ناهية ويبع فعل مضارع مجزوم أو بياء على أنها نافية، ويبيع مضارع مرفوع [وعلى[848]] هاتين النسختين فهو بمعنى قوله في المدونة في رواية علي بن زياد: ولا ينبغي أن يبيع حتى يختار، وفي بعض النسخ ولا [بيع[849]] مشتر على أن بيع مصدر، فجعله الشارح في الكبير معطوفا على قوله: "لا إن جرد جارية" ويصح أن يكون معطوفا على قوله: "إلا الإجارة"،

الحديث

....

---

847 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص420 وم165.

848 *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من م 165 وسيد 41

849 - في المطبوع يبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص420 وم165 ويحيى96 وسيد41.

نص خليل وَلِغَرِيمٍ أَحَاطَ دَيْنُهُ وَلاَ كَلاَمَ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ.

متن الحطاب وعلى كلا المحملين فالمعنى أن بيع المشتري للسلعة لا يكون اختيارا لها. قال في المدونة إثر كلامه السابق: فإن باع فإن بيعه ليس بالخيار ورب السلعة بالخيار إن شاء جوز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع، وهذا هو القول الثاني في كلام المصنف، والقول الأول في كلام المصنف أنه يصدق مع يمينه إن كذبه صاحبه هو قول ابن القاسم في بعض [روايات[850]] المدونة وفي الموازية، وحكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه.

421 **تنبيهات: الأول:** قال في التوضيح: وظاهر كلام المصنف يعني ابن الحاجب [وهو ظاهر[851]]/ الرواية أنها يمين تهمة تتوجه على المشتري وإن لم يحققها البائع، وقيد [الشيخ ابن[852]] أبي زيد وابن يونس قوله: "وكذبه صاحبه" فقالا يريد لعلم يدعيه. قال الشارح في الكبير: واحترز بذلك [مما[853]] إذا لم يحقق عليه الدعوى فإنها لا تسمع. وقال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: وكأن ابن أبي زيد رأى أن قوله في الرواية وكذبه يناسب أنها دعوى محققة، وجزم بذلك في الشامل فقال ولا بيع مشتر قبل مضيه [واختياره،[854]] فإن فعل فليس باختيار، وهل يصدق أنه اختار قبله بيمين إن كذبه ربها لعلم مدعيه، وإلا لم تسمع، أو لربها رد البيع، أو له رد الربح فقط؟ أقوال.

الثاني: قال في التوضيح في الرواية متمما لهذا القول: يعني القول الذي قدمه المصنف: وإن قال بعت قبل أن أختار فالربح لربها؛ لأنها في ضمانه، وصوب هذا القول اللخمي؛ لأن الغالب فيمن وجد ربحا لا يدفعه لغيره.اهـ .

قلت: ولهذا -والله أعلم- قدمه المصنف وصاحب الشامل مع أن ابن الحاجب أخره.

الثالث: قيد المصنف وابن الحاجب وغيرهما هذه المسألة بالمشتري. قال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: لأن هذه الأقوال لا تتصور إلا فيه، ومعنى المسألة أن المشتري باع والخيار له قبل أن يخبر البائع باختياره أو يشهد على اختياره.

فرع: قال ابن عرفة: قال اللخمي: لو فات بيع المبتاع والخيار للبائع فله الأكثر من الثمنين والقيمة، وعكسه للمبتاع الفسخ أو الأكثر من [فضلى[855]] القيمة والثمن الثاني على الأول. اهـ.

ص: **ولغريم أحاط دينه** ش: أي وانتقل الخيار للغرماء إذا كان دينهم محيطا، فإن اختاروا الأخذ فلهم ذلك إذا كان ذلك نظرا للميت وأوفى للتركة كما قاله في المدونة، وترك المصنف التنبيه على ذلك لوضوحه. زاد أبو محمد قيدا آخر وهو أن يكون الربح للميت والنقصان عليهم. قال الشيخ أبو محمد: فإن اختاروا الترك والأخذ أرجح لم يجبروا، وهذا الفرع ذكره ابن يونس بكلام بين حسن فانظره، ونقله ابن عرفة، ونصه: الشيخ: الربح له والنقص عليهم، بخلاف أخذهم ما ابتاع يدفعه عنه

الحديث ....

---

850 – في المطبوع رواية ويحيى96 وما بين المعقوفين من ن عدود ص420 وم166 وسيد41.

851 *– في م166 وظاهر الرواية.

852 – في المطبوع سيدي وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وم166 ويحيى96 وسيد41.

853 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وم166 ويحيى96 وسيد41.

854 – في المطبوع واختيار وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وم166 ويحيى96 وسيد41.

855 – في المطبوع فضل وم166 ويحيى96 وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وسيد41.

نص خليل

وَلِوَارِثٍ وَالْقِيَاسُ رَدُّ الْجَمِيعِ إِنْ رَدَّ بَعْضُهُمْ وَالِاسْتِحْسَانُ أَخْذُ الْمُجِيزِ الْجَمِيعَ وَهَلْ وَرَثَةُ الْبَائِعِ كَذَلِكَ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ جُنَّ نَظَرَ السُّلْطَانُ وَنُظِرَ الْمُغْمَى وَإِنْ طَالَ فُسِخَ وَالْمِلْكُ لِلْبَائِعِ وَمَا يُوهَبُ لِلْعَبْدِ إِلاَّ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مَالَهُ وَالْغَلَّةُ وَأَرْشُ مَا جَنَى أَجْنَبِيٌّ لَهُ بِخِلَافِ الْوَلَدِ وَالضَّمَانُ مِنْهُ وَحَلَفَ مُشْتَرٍ إِلاَّ أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ أَوْ يُغَابَ عَلَيْهِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ وَضَمِنَ الْمُشْتَرِي إِنْ خُيِّرَ الْبَائِعُ الأَكْثَرَ إِلاَّ أَنْ يَحْلِفَ فَالثَّمَنُ كَخِيَارِهِ وَكَغَيْبَةِ بَائِعٍ وَالْخِيَارُ لِغَيْرِهِ وَإِنْ جَنَى بَائِعٌ وَالْخِيَارُ لَهُ عَمْدًا فَرَدٌّ وَخَطَأً فَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْعَيْبِ وَإِنْ تَلِفَت انْفَسَخَ فِيهِمَا وَإِنْ خُيِّرَ غَيْرُهُ وَتَعَمَّدَ فَلِلْمُشْتَرِي الرَّدُّ أَوْ أَخْذُ الْجِنَايَةِ وَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الأَكْثَرَ وَإِنْ أَخْطَأَ فَلَهُ أَخْذُهُ نَاقِصًا أَوْ رَدُّهُ وَإِنْ تَلِفَتِ انْفَسَخَ وَإِنْ جَنَى مُشْتَرٍ وَالْخِيَارُ لَهُ وَلَمْ يُتْلِفْهَا عَمْدًا فَهُوَ رِضًا وَخَطَأً فَلَهُ رَدُّهُ وَمَا نَقَصَ وَإِنْ أَتْلَفَهَا ضَمِنَ الثمن وَإِنْ خُيِّرَ غَيْرُهُ وَجَنَى عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أو الثمَنِ فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الأَكْثَرَ.

متن الحطاب

لاستقلاله ببت عقده، فإن تركوا والأخذ أرجح لم يجبروا، بخلاف هبة ثواب كذلك. اهـ. وهذا القيد يفهم من كلام المصنف: "ولا كلام لوارث إلا أن يأخذه بماله". قال ابن عرفة: قلت: والربح للميت. والله أعلم.

ص: **ولوارث** ش: يريد إن اتحد أو [تعددوا[856]] واتفقوا. قال في الشامل: والوصي مع الكبير كالورثة.

فرع: فإن اختلف الأوصياء فالنظر للحاكم. قاله في الشامل. والفرعان في المدونة.

ص: **وهل ورثة [البائع[857]] كذلك** ش:

قلت: ظاهر المدونة أنه لا فرق بين ورثة البائع والمشتري، وأنه يدخل فيهم القياس والاستحسان فينزل الراد من ورثة البائع منزلة المجيز من ورثة المشتري، فالقياس أنه ليس للراد إلا نصيبه ثم المشتري بالخيار في أخذ نصيب المجيز ورده، والاستحسان أن للراد أن يأخذ نصيب أخيه المجيز، والتأويل/ الثاني أنه ليس لمن رد أخذ نصيب المجيز؛ لأن من أجاز إنما أجاز للأجنبي لا لأخيه.

422

ص: **وإن جن نظر السلطان** ش: قال في المدونة: قال ابن القاسم: ومن جن فأطبق عليه في أيام الخيار والخيار له فإن السلطان ينظر في الأخذ أو الرد، [أو يوكل[858]] بذلك من يرى من ورثته أو غيرهم وينظر في ماله وينفق منه على عياله.

فرع: هل المفقود كالمجنون أو المغمى؟ قولان ذكرهما في الشامل، وظاهر كلام ابن عرفة ترجيح أنه كالمجنون. والله أعلم.

ص: **وانتظر المغمى** ش: قال في المدونة: ومن أغمي عليه في أيام الخيار انتظرت إفاقته ثم هو على خياره إلا أن يطول إغماؤه أياما فينظر السلطان، فإن رأى ضررا/ فسخ البيع، وليس له أن يمضيه بخلاف الصبي والمجنون.

423

ص: **أو يغاب عليه إلا ببينة** ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال في الذخيرة: قال في الكتاب: إن رد المبيع في مدة الخيار فقال البائع ليس هذا المبيع صدق المبتاع مع يمينه كان يغاب عليه أم لا . اهـ.

ص: **وإن جنى بائع والخيار له عمدا** إلى قوله **وإن تلفت ضمن الأكثر** ش: قال ابن عرفة:

الحديث ....

---

[856] – في المطبوع تعدد ولو اتفقوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وم166 ويحيى96 وسيد41.

[857] – في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص421 وم166 ويحيى96 وسيد41.

[858] – في المطبوع ويوكل وما بين المعقوفين من ن عدود ص422 وم166 ويحيى97 وسيد41.

نص خليل

وَإِن اشْتَرَى أَحَدَ ثَوْبَيْنِ وَقَبَضَهُمَا لِيَخْتَارَ فَادَّعَى ضَيَاعَهُمَا ضَمِنَ وَاحِدًا بِالثَّمَنِ فَقَطْ وَلَوْ سَأَلَ فِي إِقْبَاضِهِمَا أَوْ ضَيَاعَ وَاحِدٍ ضَمِنَ نِصْفَهُ وَلَهُ اخْتِيَارُ الْبَاقِي كَسَائِلٍ دِينَارًا فَيُعْطَى ثَلَاثَةً لِيَخْتَارَ فَزَعَمَ تَلَفَ اثْنَيْنِ.

متن الحطاب

وجناية المشتري والخيار له خطأ لغو، فإن رد غرم نقص القليل، [و[859]]في غرمه للمفسد ثمنه أو قيمته؛ ثالثها أقلهما لابن القاسم وسحنون قائلا: ويعتق عليه، وقول اللخمي لو قيل لكان وجها. ثم قال: وجناية البائع والخيار له خطأ [يوجب[860]] تخيير المبتاع وعمدا، [وفي كونها دليل رده[861]] القولان لابن القاسم وأشهب. ثم قال التونسي: وجنايته -يعني المشتري- والخيار للبائع خطأ كأجنبي، وقول ابن الحاجب للبائع أخذ الجناية أو الثمن لا أعرفه، [ويضر بالمبتاع،[862]] وعمدا للبائع إلزامه البيع أو أرش الجناية، وجناية البائع والخيار للمبتاع بقتل خطأ فسخ، وعمدا تلزمه فضل قيمته على ثمنه وينقص خطأ ضمانه، وعمدا للمبتاع أخذه مع الأرش. اهـ.

ص: **وإن اشترى أحد ثوبين وقبضهما ليختار فادعى ضياعهما ضمن واحدا بالثمن**

424

[منه[863]]/ **ولو سأل في إقباضهما أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي** ش: هذه الصورة فيها خيار واختيار؛ خيار في عقدة البيع واختيار لأحد الثوبين. فقوله: "وإن اشترى أحد ثوبين" يريد بخيار، وقوله: "وقبضهما ليختار" أي وقبضهما معا ليختار واحدا منهما إن شاء أخذه وإن شاء رده و إن شاء ردهما معا. قال في التوضيح: وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما فإن ضاعا في هذه الصورة فإنه يضمن واحدا بالثمن، ولا ضمان عليه في الآخر. قاله المصنف وغيره.

قال في الجواهر: وسواء كان الخيار له أو للبائع؛ لأنه قادر إذا كان الخيار له على أن يقبل أو يرد، وله القبول في مقامه وتلفه، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر، وكذلك إن كان الخيار للبائع فإن المشتري يضمنه بالثمن؛ لكون البائع سلمه إليه على أن عوضه الثمن الذي اتفقا عليه، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشتري على الضياع ودفع الثمن. اهـ. وقول المصنف: "ضمن واحدا بالثمن" يريد إذا لم تقم له بينة على التلف كما قدمه في قوله: "أو يغاب عليه إلا ببينة" وهو أحد القولين، والقول الثاني أنه يضمن، سواء قامت له بينة على التلف أو لم تقم. قال الرجراجي: وهو ظاهر المدونة، وسبب الخلاف هل ضمانه ضمان تهمة أو ضمان أصل؟. اهـ. وقوله: "ولو سأل في إقباضهما" مبالغة، وأشار بلو إلى قول ابن القاسم الذي يفرق فيه بين أن يتطوع البائع بالدفع فيضمن واحدا، وبين أن

الحديث

---

859 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص423 وم166 ويحيى97 وسيد41.

860 *- علق عليه الشيخ محمد سالم بـ : كذا في النسخ والصواب توجب.

861 - في المطبوع : "دليلا ورده" وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م 166وسيد 41 ويحيى 97.

862 - في المطبوع وينظر للمبتاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص423 وم166 ويحيى97 وسيد41.

863 - هكذا في ن عدود ص423 وصوبه الشيخ محمد سالم بـما في المطبوع: "بالثمن ولو سأل" وهو الذي في م166 ويحيى97 وسيد41.

نص خليل ....

متن الحطاب يسأل المشتري [تسليمها[864]] له [فيضمنهما.[865]] نقله في التوضيح. وأما قوله: "أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقي" فيعني به أن ما تقدم ذكره هو حكم ما إذا ضاع الثوبان معا، وأما إذا ضاع أحدهما فالحكم في ذلك أنه يضمن نصف ثمن التالف، وهو في الثوب الباقي مخير إن شاء أخذه بالثمن أو رده. قال الرجراجي: وأما إن ادعى ضياع أحدهما فلا يخلو ضياعه من ثلاثة أوجه: إما أن يختار الذي ضاع أو الذي بقي أو أبهم الأمر، فإن كان الذي ضاع هو الذي اختاره المشتري فإنه يرد الباقي وقيمة التالف، وإن كان الباقي هو الذي اختاره فإنه يغرم ثمنه، ولا ضمان عليه للتالف؛ لأنه فيه أمين، وإن أبهم الأمر فادعى أن الباقي هو الذي اختار فالمذهب على قولين: أحدهما أنه لا يصدق وهو مذهب المدونة. والثاني أنه يصدق ويحلف، وهو قوله في الموازية: وعلى القول بأنه لا يصدق فإنه يغرم نصف ثمن التالف، والمذهب في أخذه الثوب الباقي على قولين أحدهما أن له أن يأخذه وهو قول ابن القاسم في المدونة، والثاني أنه يأخذ نصف الثوب الباقي، وهو قول ابن المواز، واحتج بأنه لو جاز له أن يأخذ الثوب [الباقي[866]] كله لأدى ذلك إلى أن يأخذ ثوبا ونصف ثوب وما كان الاشتراء إلا ثوبا واحدا، وسبب الخلاف هل ضمانه ضمان تهمة، أو ضمان أصل؟ اهـ. ونحوه لابن يونس، ونصه: وإن ضاع أحدهما ضمن [نصف[867]] ثمن التالف، ثم له أخذ الثوب الباقي أو رده. ثم قال: وقال ابن المواز: ولو قال المبتاع إنما ضاع أحدهما بعد أن أخذت هذا الباقي فالقول قوله، ويحلف ولا شيء عليه في التالف، وقاله أصبغ [ومن[868]] المدونة. قال مالك: وإذا ذهبت أيام الخيار انتقض البيع إلا أن يكون قد أشهد أنه قد أخذ قبل مضي [أيام[869]] الخيار.

ابن يونس: وظاهر هذا أنه لم يصدقه أنه اختار أحدهما [إلا أن تشهد[870]] خلاف ما في كتاب محمد. قال بعض أصحابنا: [وما في المدونة[871]] أحسن؛ لأنه يتهم [لدفع[872]] ضمان ما هلك عنده فلا يصدق إلا بالبينة، ومن كتاب ابن المواز: قال أصبغ ولو لم [يختر[873]] حتى هلك واحد فله رد الباقي وغرم نصف ثمن التالف، فإن اختار حبس الباقي فليس له إلا نصفه إلا أن يرضى به البائع؛ لأنه لزمه نصف التالف وهو لم يبعه/ ثوبا ونصفا وإنما باعه ثوبا واحدا. اهـ. 425

تنبيه: قول الرجراجي في الوجهين الأولين: إما أن يختار الذي ضاع أو الذي بقي. أي وقامت له

الحديث ....

864 *- ساقطة من المطبوع وهي هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم ب (تسليمهما) وهو الذي في م166 ويحيى77 وسيد41.

865 - في المطبوع فيضمنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم166 وسيد41.

866 - ساقطة من المطبوع وسيد41 ويحيى97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم166.

867 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم167 ويحيى97 وسيد42.

868 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد42 وم167.

869 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم167 ويحيى97 وسيد42.

870 - في المطبوع إلا يشهد وم167 ويحيى97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وسيد42.

871 - في المطبوع وما في كتاب محمد أحسن مما وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم167 ويحيى97 وسيد42.

872 *- في المطبوع لرفع وما بين المعقوفين من م 167 ويحيى97.

873 - في المطبوع يخبر وسيد42 وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 وم167 ويحيى97.

نص خليل فَيَكُونُ شَرِيكًا وَإِنْ كَانَ لِيَخْتَارَهُمَا فَكِلاَهُمَا مَبِيعٌ.

متن الحطاب بينة على أنه اختار الذي ضاع أو الذي بقي؛ بدليل قوله في الوجه الثالث: وإن أبهم الأمر فادعى أن الباقي هو الذي اختار، ويؤيد ذلك ما تقدم في أثناء كلام ابن يونس، وقوله أيضا: قال ابن القاسم: وله اختيار أحدهما بغير محضر البائع، فإن اختاره ببينة أشهدهم عليه بقول أو فعل بقطع أو بيع أو رهن أو ما يلزمه من الأحداث كان في الباقي أمينا، إن هلك فمن بائعه. اهـ. فعلى هذا إذا أشهد أنه اختار رد الثوبين ثم ضاعا ببينة لا ضمان عليه، وإن ضاع أحدهما لا ضمان عليه فيه ويرد الباقي، وإن اختار أحدهما ففي ضياعهما يلزمه ثمن الذي اختاره، [و[874]]في ضياع أحدهما إن كان هو الذي اختاره لزمه ثمنه ورد الآخر، وإن كان الضائع هو الذي اختار رده فلا ضمان عليه فيه ويؤدي ثمن الذي اختاره. هذا الذي تحصل من كلام ابن يونس والرجراجي. والله أعلم.

فرع: فلو كان المشترى أحد عبدين وقبضهما ليختار واحدا منهما فضاع أحدهما فقال ابن يونس: قال أشهب: فإن كان في موضع الثوبين عبدان فالهلاك من البائع، وللمبتاع أخذ الباقي أو رده. قال في غير المدونة: ولو كان شراؤه العبدين على أن يختار أحدهما على الإلزام فهلك واحد فهو من البائع، والثاني للمبتاع لازم. قال أبو محمد: كمن قال لعبديه أحدكما حر فمات أحدهما فالباقي حر. اهـ.

فرع: إذا مضت أيام الخيار ولم يختر ثم أراد بعد ذلك الاختيار، فإن كان بعيدا من أيام الخيار فليس له ذلك، وإن قرب ذلك فذلك له. قال ابن يونس: ومن المدونة قال ابن القاسم: وللمبتاع أخذ أحد الثوبين بالثمن الذي سميا فيما قرب من أيام الخيار وإن مضت أيام الخيار وتباعدت فليس له اختيار أحدهما ونقض البيع إلا أن يكون قد أشهد أنه اختار أحدهما في أيام الخيار أو فيما قرب منها. اهـ. قال أبو الحسن: يعني بالقرب اليوم واليومين والبعد ثلاثة أيام من أمد الخيار. اهـ.

ص: **فيكون شريكا** ش: يعني له الثلث ولربها الثلثان، وانظر ابن غازي. والله أعلم.

ص: **وإن كان ليختارهما فكلاهما مبيع** ش: هذه الصورة فيها خيار فقط؛ يعني أنه مخير بين أن يمسكهما أو يردهما، وقول المصنف: "فكلاهما مبيع" يؤخذ منه حكم ضياعهما أو ضياع أحدهما؛ أي فكل واحد منهما مبيع بخيار فيلزمه ثمنهما إن ضاعا أو ثمن أحدهما إن ضاع واحد منهما فقط. قال في الذخيرة: وله رد الآخر بنصيبه من الثمن. اهـ. قال ابن يونس: قال بعض فقهاء القرويين ولو كان الهالك منهما وجه الصفقة لوجب أن يلزما جميعا، كضياع الجميع ويحمل على أنه [غيبه.[875]] والله أعلم. اهـ. وهذا إنما يلزمه إذا لم تشهد البينة على الضياع، وأما إن شهدت فلا يلزمه شيء. قاله في الذخيرة. وذلك حكم ضمان المبيع في بيع الخيار.

فرع: قال في التوضيح: فإن كان الخيار في أحدهما والثاني لازم وادعى ضياعهما معا لزمه ثمنهما عند ابن القاسم. اهـ. وأما إن ضاع أحدهما فإن كان الضائع هو اللازم فضمانه من المشتري، وهو باق على خياره في الآخر، وإن كان اللازم هو الباقي، والذي فيه الخيار هو الذي ضاع لزمه ثمنه هذا حكم بيع الخيار. والله أعلم.

الحديث ....

[874] * – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م167 ويحيى97 وسيد42.

[875] – في المطبوع عينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 وم167 ويحيى98 وسيد42.

نص خليل وَلَزِمَاهُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ وَهُمَا بِيَدِهِ وَفِي اللُّزُومِ لأحَدِهِمَا يَلْزَمُهُ النِّصْفُ مِنْ كُلٍّ وَفِي الاِخْتِيَارِ لاَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

متن الحطاب فرع: فلو كان المشترى عبدين وقبضهما ليختارهما فضاعا أو أحدهما فقال ابن يونس: ومن المدونة: قال ابن القاسم: ولو كانا عبدين أو ما لا يغاب عليه فادعى ضياع ذلك صدق مع يمينه، ولا شيء عليه إلا أن يأتي ما يدل على كذبه. اهـ. إلا أنه إن كان الضائع أحدهما فله رد الآخر بنصيبه من الثمن، وهو ظاهر مما تقدم في كلام القرافي. والله أعلم.

ص: ولزماه بمضي المدة وهما بيده ش: يعني إذا مضت أيام الخيار في هذه الصورة المتقدمة وهي إذا أخذهما على أنه بالخيار في أخذهما وردهما فإنهما يلزمانه. قال ابن يونس: ولو كان إنما اشترى جميعا بالخيار/ فمضت أيام الخيار وتباعدت وهما بيد المبتاع لزمه أخذ الثوبين. اهـ. 426

ص: وفي اللزوم لأحدهما يلزمه النصف من كل ش: هذه الصورة فيها اختيار فقط؛ يعني أنه إذا لم يكن الاختيار مجردا بأن يكون اشترى ثوبا على الإيجاب وأخذ ثوبين ليختار منهما فمضت أيام الخيار فإنه يلزمه النصف من كل ثوب، وكذا إن ضاعا أو ضاع أحدهما. قال ابن يونس: قال بعض فقهائنا إذا اشترى أحد الثوبين على الإيجاب فضاعا جميعا أو أحدهما بيد المبتاع فما تلف بينهما وما بقي بينهما اهـ. قال في النكت: يعني إذا ضاعا يلزم أحدهما البائع والآخر المبتاع. قال ابن يونس إثر كلامه السابق: وسواء قامت بينة على الضياع أو لم تقم، ولا خيار للمبتاع في أخذ الثوب الباقي كله، ولو ذهبت أيام الخيار وتباعدت والثوبان بيد البائع أو بيد المبتاع لزمه نصف كل ثوب، ولا خيار له؛ لأن ثوبا لزمه ولا يعلم أيهما هو، فوجب أن يكونا فيهما شريكين. اهـ. ونحوه في الجواهر، ونص أبو الحسن على أن مضي أيام الاختيار [كمضي[876]] أيام الخيار فقال: اعلم أن شراءه للثوبين على ثلاثة أوجه: إما بالخيار وحده، أو باختيار وحده، وإما على خيار واختيار، فيمضي أيام الخيار وينقطع خياره وينقضي البيع؛ إذ بمضي أيام الخيار ينقطع اختياره. اهـ.

ص: وفي الاختيار لا يلزمه شيء ش: يعني إذا كان في المسألة خيار واختيار ومضت المدة فإنه ليس له أخذ واحد من الثوبين، قال ابن يونس بإثر الكلام المتقدم: وهذا بخلاف أن لو أخذه -يعني الثوب- على غير الإلزام فهذا إذا مضت أيام الخيار وتباعدت لم يكن له أخذ واحد منهما، كانا في يد البائع أو المبتاع؛ لأن بمضي أيام الخيار ينقطع اختياره، ولم يقع البيع على ثوب معين فيلزمه أخذه، ولا على إيجاب أخذه فيكون شريكا، فصار ذلك على ثلاثة أوجه في شرائه الثوبين يلزمانه جميعا، وفي أخذه أحدهما على الإيجاب يلزمه النصف من كل ثوب، وفي أخذه على غير الإيجاب لا يلزمه منهما شيء. اهـ. وتكلم المصنف رحمه الله على الثلاثة الأوجه، وأتى بها على ما ترى، وكان الأولى أن يقول وفي الاختيار ليس له شيء بدل قوله لا يلزمه شيء، لكنه تبع ابن يونس في آخر كلامه في التمثيل المذكور. والله أعلم.

تنبيه: تحصل من كلام المصنف رحمه الله أن مسألة الثوبين إما أن يكون فيهما خيار واختيار، أو خيار فقط ، وينظر في كل مسألة في ضياع الثوبين معا، وفي ضياع أحدهما، وفي مضي أيام الخيار وهما باقيان بيده فاشتمل كلامه على ثلاث صور؛ أما الأولى فأشار إلى حكم ضياع الثوبين أو أحدهما فيها

الحديث ....

[876] – في المطبوع بمضي وما بين المعقوفين من يحيى98 وم167.

نص خليل وَرُدَّ بِعَدَمِ مَشْرُوطٍ فِيهِ غَرَضٌ كَثُيِّبٍ لِيَمِينٍ فَيَجِدُهَا بِكْرًا.

متن الحطاب بقوله: "وإن اشترى أحد ثوبين" يريد بخيار وقبضهما معا ليختار أحدهما إلى قوله: "وله اختيار الباقي"، وأشار إلى مضي حكم أيام الخيار والاختيار فيها بقوله في آخر المسألة وفي الاختيار لا يلزمه شيء، وأما الثانية وهي ما فيها خيار مجرد فأشار إليها بقوله: "وإن كان ليختارهما فكلاهما مبيع ولزماه بمضي المدة وهما بيده، وأشار إلى الثالثة وهي ما فيها اختيار بقوله وفي اللزوم لأحدهما يلزمه النصف من كل سواء ضاعا معا أو ضاع أحدهما أو بقي حتى مضت أيام الخيار. والله أعلم.

تنبيه: زاد في الجواهر صورة رابعة وهي أن يكون مخيرا في أحدهما في العقد والتعيين وفي الآخر في التعيين خاصة دون العقد بأن يكون لزمه أحد الثوبين وهو بالخيار في أخذ الآخر فإن ضاعا ضمنهما إن لم تقم بينة، فإن قامت بينة ضمن واحدا فقط عند ابن القاسم وإن ضاع أحدهما جرى الأمر في ضياعه على ما تقدم.

فرع: ويشترط في هذه الصورة تساوي الثمنين، فإن اختلفا كان من بيعتين في بيعة فيضمن حينئذ

427 ضمان المبيع بيعا فاسدا. قال في الجواهر: ومسألة الثوبين قد بسط الكلام عليها ابن/ يونس والرجراجي وصاحب الذخيرة، فمن أراد استيفاء الكلام عليها فليراجعها فيهم. والله أعلم.

ص: **ورد بعدم مشروط فيه غرض** ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على خيار النقيصة وهو ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزم البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه، [والتغرير[877]] الفعلي داخل في الشرط. وقال ابن عرفة: هو لقب لتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة [كمية[878]] قبل ضمانه مبتاعه فيدخل [حادث[879]] النقص في الغائب والمواضعة وقبل الاستيفاء وبت الخيار إلا الرد لاستحقاق الأكثر. اهـ.

ص: **كثيب ليمين فيجدها بكرا** ش: كلام ابن غازي حسن؛ إلا أنه يوجد في كثير من نسخه "وقد أعتقها ابن عرفة" فالظاهر أنه تصحيف، وصوابه وقد أغفلها ابن عرفة، فإني لم أقف على هذه المسألة في كلام ابن عرفة.

فرع: قال في أول رسم من سماع أشهب من كتاب العيوب فيمن ابتاع سمنا فوجده سمن بقر فقال ما أردت إلا سمن الغنم أن له رده. قال ابن رشد: لأنه رأى أن سمن الغنم أفضل، وكذا قال في هذا الرسم من هذا السماع من جامع البيوع أن سمن الغنم ولبنها وزبدها أطيب وأجود من البقر، وذلك عكس ما عندنا وعلى ما عندنا فليس له أن يرده؛ لأنه وجد أفضل الصنفين، وهذا إذا كان سمن الغنم هو الغالب في البلد أو كانا متساويين فعلى رواية أشهب هذه كل شيء يباع من جنسين متساويين في البلد فالبيع يقع على أفضلهما، فإن وجد الأدنى كان له الرد، وإن وجد الأفضل لم يكن له أن يرد إلا أن يكون اشترط الأدنى لوجه كمن اشترى عبدا على أنه نصراني فوجده مسلما فأراد رده؛ لأنه قال أردت أن أزوجه أمة لي نصرانية أو ليمين علي أن لا أشتري مسلما. ثم قال في رسم الجواب من

الحديث

---

[877] – في المطبوع والتغيير وما بين المعقوفين من ن عدود ص427 وم168 ويحيى98 وسيد42.

[878] – في المطبوع كمئة وما بين المعقوفين من ن عدود ص427 وم168 ويحيى98 وسيد42.

[879] – في المطبوع حديث وما بين المعقوفين من ن عدود ص427 وم168 ويحيى98 وسيد42.

نص خليل وَإِنْ بِمُنَادَاةٍ.

متن الحطاب سماع عيسى: هذا هو الصحيح، كمن اشترى أمة على أنها من جنس فوجدها من جنس أرفع منه كان له أن يردها إذا كان لاشتراطه وجه، وقيل ليس له أن يرد وإن كان لاشتراطه وجه، وقيل له الرد وإن لم يكن لاشتراطه وجه.

تنبيه: قال في الرسم المذكور فيمن اشترط نصرانيا فوجد مسلما: إذا قلنا له الرد لما ذكره من أنه يريد التزويج ممن هو على دينه، هذا إذا عرف ما قال، وإن لم يعرف صدق ما قال ولم يكن لذلك وجه لم أر أن يرد، ولم يذكر مثل ذلك فيما إذا قال إن عليه يمينا، [فظاهره[880]] في مسألة اليمين أنه يصدق وهو ظاهر؛ لأن اليمين قد لا يطلع عليها أحد واشتراطه ذلك قرينة تدل على صدقه فتأمله. ونقل ابن عرفة ما في رسم سماع أشهب وكلام ابن رشد عليه إلى قوله: فعلى رواية أشهب كل شيء يباع من جنسين متساويين في البلد فالبيع يقع على أفضلهما. ثم قال بعده: ولابن حبيب في الواضحة خلافه. قال: من ابتاع أمة أو عبدا فألفاه روميا وشبهه من الأجناس التي يكرهها الناس ولم يكن [ذكر[881]] له فلا رد له إلا أن يكون أدنى مما [شرطه[882]] بائعه. انتهى. وقال قبل كلام العتبية: وفيها إن شرطها -يعني الجارية بربرية- فوجدها خراسانية فله ردها. محمد: وكذا العكس لإشكال ما بينهما. انتهى.

ص: **وإن بمناداة** ش: يشير إلى ما في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الرد بالعيوب قال: وسئل عن الذي يبيع الميراث فيبيع الجارية فيصاح عليها ويقول الذي يصيح إنها تزعم أنها عذراء، ولا يكون ذلك شرطا منهم إنما يقولون إنها تزعم ثم يجدها غير عذراء فيريد أن يردها قال: أرى ذلك له. قيل له فإنهم يزعمون أنا لم نشترط، وإنما قلنا بأمر زعمته. قال: أرى أن يردها إلا أن يكونوا لم يقولوا شيئا، فأما أن يقولوا مثل هذا ثم يشتري/ المشتري وهو يظن ذلك فأرى له أن يردها، وكذا لو قال إنها تنصب القدور وتخبز ويقولون إنها تزعم ولا يشترطون ذلك فإذا هي ليست كذلك، فإني أرى له أن يردها إلا أن [لا يخبروا[883]] شيئا فلا أرى عليهم شيئا. 428

قال محمد بن رشد: مثل هذا في رسم البيوع من سماع أصبغ بعد هذا، وفي رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب النكاح: وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه سواء، قال في الجارية أبيعها منك على أنها عذراء، أو على أنها رقامة أو خبازة أو وصفها بذلك فقال أبيعها منك وهي عذراء أو رقامة أو صباغة، أو أبيعها وهي تزعم أنها عذراء أو رقامة أو خبازة ذلك كله كالشرط؛ لأنه إذا قال إنها تزعم أنها على صفة كذا وكذا، وقالت عند البيع إني على صفة كذا ولم يكذبها ولا تبرأ منه فقد أوهم أنها صادقة فيما زعمت، فكأنه قد باع على ذلك وشرطه للمبتاع، وإنما يعرف الشرط من الوصف في النكاح حسبما مضى في رسم يوصي المذكور.

فرع: إذا شرط البكارة فقال لم أجدها ينظر إليها النساء، فإن رأين بها أثرا قريبا حلف البائع ولزمت المبتاع، وإن لم يرين شيئا قريبا حلف المبتاع وردها، فإن نكل حلف البائع ولزمت المبتاع. قال ابن

الحديث

....

[880] – في المطبوع فظاهر وما بين المعقوفين من سيد42 وم168.

[881] – في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص427 وم168 ويحيى99 وسيد42.

[882] *– في المطبوع اشترطه وما بين المعقوفين من م168 وسيد42.

[883] – في المطبوع أن يخبروا وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 وم168 وسيد42.

نص خليل لاَ إن انْتَفَى وَبِمَا الْعَادَةُ السَّلاَمَةُ مِنْهُ.

متن الحطاب يونس: وعن ابن القاسم ليس فيها تحالف، بل تلزم شهادة النساء بالاقتراع؛ لأنه يختص بهن. قاله في الذخيرة. والمسألة في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب العيوب، وقال فيها فيمن ابتاع جارية على أنها عذراء فقبضها بكرة وغاب عليها، فلما كان عشية قال لم أجدها عذراء، فقال له البائع أما أنا فلم أبعك إلا عذراء وقد غبت عليها، ولعلك افترعتها أو غيرك. ثم ذكر جواب مالك كما تقدم. قال ابن رشد: وجعل شهادتهن إذا لم يشهدن قطعا من جهة النظر أنها لم تفترع عند البائع ولا عند المبتاع، وإنما قلن نرى أثرا قريبا [موجبة[884]] أن يكون القول قول من شهد له بذلك من البائع أو من المبتاع مع يمينه كالشاهد في الوديعة والرهن، ولو كان ما رأى النساء منها أمرا بينا لا يشككن في حدوثه أو قدمه [قطعن[885]] على ذلك وبتتن الشهادة فيه؛ إذ ذلك مما تدرك معرفته بالنظر لكانت شهادتهن في ذلك عاملة دون يمين على ما في رسم يدبر من سماع عيسى، وقد كان من أدركناه من الشيوخ ومن لم ندركه من المتقدمين يحملون رواية أشهب هذه على الخلاف لرواية عيسى.انتهى مختصرا. ونقله ابن عرفة في الكلام على ما [يثبت[886]] به العيب.

تنبيه: هذا الكلام يقتضي أن شرط البكارة لازم في العلي والوخش وهذا هو المعروف، وسيأتي ذلك إن شاء الله في كلام ابن رشد عند قول المصنف: "وثيوبة" إلا فيمن لا يفتض مثلها، وذكر ابن عرفة في الكلام على هذه المسألة عن الاستغناء أن شرط البكارة في وخش الرقيق دون وسطه لغو. قال: وكان الفتيا بقرطبة أن بكارة العلية عيب لجهل ما يحدث عند افتضاضها. قال ابن عرفة: قلت: هذا يقتضي قول سحنون الذي قبله ابن سحنون. والله أعلم.

فرع: وقال قبله في رسم الأقضية فيمن باع جارية فقيل له أبكر هي أم ثيب؟ فقال لا أدري أبيعكموها بكرا كانت أو ثيبا إنه لا بأس به لا سيما في الجارية الدنية. قال ابن رشد: لأن الجارية التي يوطأ مثلها محمولة على أنها قد وطئت فإنما يشتري المشتري على ذلك وإن سكت البائع عن ذلك فكيف إذا تبرأ من معرفة ذلك؟.

ص: **لا إن انتفى** ش: كذا هو في النسخة التي قوبلت على خط المصنف بالإفراد، وهو الموجود في أكثر النسخ، والضمير للغرض ويلزم من انتفائه انتفاء المالية؛ لأن المالية من جملة الأغراض المقصودة، وفي بعض النسخ: "لا إن انتفيا" بضمير التثنية وهو من حيث المعنى ظاهر؛ لأن المراد أنه إذا شرط ما لا غرض فيه ولا مالية فإن ذلك يلغى كما لو اشترط في [العبد[887]] أنه أمي فوجده كاتبا وفي الأمة أنها ثيب فيجدها بكرا ولا عذر له، لكن لم يتقدم في كلام المصنف إلا ذكر الغرض فقط.

429 ص: **وبما العادة السلامة منه** ش: هذا هو القسم الثاني من [قسمي/[888]] خيار النقيصة وهو ما

الحديث ....

[884] – في المطبوع موجبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 وم168 ويحيى99 وسيد42.

[885] – في المطبوع فطعن وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 وم168 ويحيى99 وسيد42.

[886] *– في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من م168 وسيد42 ويحيى99.

[887] – في المطبوع العقد ويحيى99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 وم168 وسيد42.

[888] – في المطبوع قسم وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 وم168 ويحيى99 وسيد42.

نص خليل كَعَوَرٍ وَقَطْعٍ وَخِصَاءٍ وَاسْتِحَاضَةٍ وَرَفْعِ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ.

متن الحطاب كان سببه [وجود[889]] نقص عرفي جرت العادة بالسلامة منه فهو معطوف على قوله: "بعدم مشروط"؛ أي ورد بوجود ما العادة السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف أو خوف في العاقبة، [فالذي يؤثر[890]] في نقص الثمن دون المبيع كما لو وجده آبقا أو سارقا، والذي يؤثر في نقص المبيع دون الثمن كالخصاء في العبد، والذي يؤثر في نقص التصرف كالعسر والتخنث، والذي يؤثر خوفا في العاقبة كجذام أحد الأبوين.

فرع: قال في مفيد الحكام في الفصل الثامن: روى أشهب عن مالك رحمه الله في الصبي يأبق من [المكاتب[891]] ثم يباع كبيرا فللمبتاع رده بذلك وهو عادة، ونقله ابن يونس، وقال اللخمي في تبصرته في باب من باع عبدا وبه عيب فهلك منه رد به: وإباق الصغير إذا بيع وقد أبق في صغره عيب، وكذلك السرقة يريد بذلك؛ لأنه باق على تلك العادة، إلا أن تكون من الصغير [بحيث لو اختبر[892]] ذلك منه فلا ينقص من ثمنه، واختلف إذا كبر وانتقل عن تلك العادة هل يسقط حكم العيب؟ وأرى أن يرجع في ذلك إلى أهل المعرفة، فإن كان ذلك مع قدمه يجتنب [أو يحط[893]] من الثمن رد وإلا فلا. اهـ.

فائدة: رأيت بخط بعض طلبة العلم من الشافعية قال: قال الثعالبي في سر اللغة: الآبق لا يطلق على العبد إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ولا كد في العمل، فإن كان كذلك فهو هارب. قال في المتوسط: والفقهاء يطلقون الإباق على الاثنين. انتهى.

ص: **كعور** ش: فأحرى العمى. قال في الشامل: كعمى وعور. وقال ابن عرفة: الباجي: عيب الرد ما نقص من الثمن كالعور وبياض بالعين والصمم والخرس. الشيخ عن الموازية: لا يرد صغير وجد أصم أو أخرس إلا أن يعرف ذلك منه في صغره.

ص: **وقطع** ش: قال ابن عرفة: وفيها والقطع ولو في أصبع. اهـ. وانظر قوله: "ولو في أصبع" ظاهره أن قطع الأصبع خفيف وليس كذلك، بل ذهاب الأنملة عيب. وقال في الشامل: وقطع وإن حضر العقد على المنصوص. اهـ. وظاهره أن مقابله تخريج، والظاهر أن مقابله نص وانظر التوضيح.

ص: **وخصاء** ش: قال ابن عرفة: [قال ابن الجلاب[894]]والخصاء والجب والرتق والإفضاء. انتهى. وقال في الشامل: الخصاء وإن زاد في ثمنه والخصاء ممدود.

ص: **واستحاضة** ش: في العلي والوخش. قال في التوضيح: وهو ظاهر المذهب وهو الصواب. انتهى. وقال في الشامل: وقيد إن ثبتت عند البائع فأما إن حاضت حيضة استبراء ثم استمرت فهو من المبتاع ولا رد. انتهى. وقال ابن عرفة: الباجي: روى محمد مدة الاستحاضة التي هي عيب شهران. انتهى.

ص: **ورفع حيضة استبراء** ش: قال في التوضيح: مالك وللبائع أن يفسخ البيع لأجل النفقة.

الحديث ....

---

[889] – في المطبوع وجوب وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 وم168 ويحيى99 وسيد42.
[890] – في المطبوع رد وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 وم169 ويحيى99 وسيد42.
[891] *– هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع وضبطه ب الكُتّاب وهو الذي في يحيى99 وسيد42 وفي م169 المكتبة.
[892] – في المطبوع تجنبه واختبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 وم169 ويحيى99 وسيد42.
[893] – في المطبوع ويحط وما بين المعقوفين من سيد42 وم169.
[894] – ساقطة من المطبوع ووردت في سيد43 وم69 ويحيى99.

نص خليل وَعَسَرٍ.

متن الحطاب انتهى. وقال في الشامل: ولا ترد في الأيام اليسيرة ولم يحد مالك شهرا ولا شهرين، وعنه ارتفاعه شهرين عيب، وقيل شهر ونصف، وقيل أربعة أشهر، وقيل ينظرها النساء بعد ثلاثة. انتهى. فإن لم يكن بها حمل حل له وطؤها، فإن لم يطأها حتى طال طولا يظن معه أنها ممن لا تحيض فهو عيب. انتهى.

فروع: الأول: قال ابن عرفة: ابن حبيب: كونها لا تحيض إلا بعد [ثلاثة[895]] أشهر عيب ولو ابتاعها في أول دمها لأنه إن باعها لا يقبض ثمنها إلا بعد ثلاثة أشهر. انتهى.

الثاني: قال ابن عرفة: ولا شك أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء، ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك تحركا بينا يصح القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهدت امرأتان أن بها حملا بينا لا يشكان فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر، ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثا عند المشتري، فإذا شهدن أن بها حملا يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم ترد فيما فوق ذلك لاحتمال كونه حادثا، فإن ردت ثم وجد ذلك الحمل باطلا لم ترد إلى المشتري؛ إذ لعلها أسقطته. قال في رسم سن من سماع/ ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات 430 الأولاد: وخرج فيها قولا إنها لا ترد حتى تضع. والله أعلم. وقال في النوادر في ترجمة القول في عيوب الرقيق في أبدانهم من كتاب ابن المواز: ومن ابتاع أمة فادعت الحمل فليستأن بها، فإذا قال النساء إنها حامل ردت بذلك ولا ينتظر بها الوضع ثم إن انفش فلا تعاد إلى المبتاع. انتهى.

الثالث: قال في المدونة: قلت: فمن باع جارية وقال إنها صغيرة لم تحض وكانت قصيرة فيطمع المشتري أن يكون لها [نشوز[896]] عند حيضتها فلم تقم عنده إلا [يسيرا،[897]] وفي العتبية إلا عشرة أيام حتى حاضت. قال مالك: إن كان بلغ مثلها أن [يحيض[898]] ويخاف أن تكون حاضت عند البائع استحلف البائع أنها ما حاضت عنده وإن كانت صغيرة فقد [ائتمنه[899]] على ما قال، ولا أرى أن يستحلف. انتهى. ونقله الشارح في الكبير.

ص: وعسر ش: قال الرجراجي: ومن العيوب [القَبَلُ[900]] في العينين أو في إحداهما أن تميل إحدى الحدقتين إلى الأخرى في نظرها، والميل في الحدقتين يكون مائلا عن الآخر إلى جهة الأخرى، والصور أن يميل العنق عن الجسد إلى أحد الشقين والجسد معتدل، والزور في المنكب أن يميل كله إلى أحد الشقين، والصدر أن يكون في وسط الصدر إشراف كالحربة والغرز في الظهر أو بين كتفيه، أو يكون هناك إشراف كالحربة والسلعة نفخ فاحش أي متفاحش أمره. انتهى. ونقلها ابن عرفة عن ابن حبيب.

الحديث ....

---

[895] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 وم169 ويحيى100 وسيد43.

[896] *– في المطبوع سوق وما بين المعقوفين من البيان ج8 ص256 وأقره الشيخ محمد سالم.

[897] *– في المطبوع إلا الإستبراء وما بين المعقوفين من م169.

[898] *– في المطبوع تحيض وما بين المعقوفين من م169.

[899] *– في المطبوع اتهمه وما بين المعقوفين من البيان ج8 ص257.

[900] – في المطبوع الفتل وم169 وسيد42 وما بين المعقوفين من ن عدود ص430 ويحيى100.

نص خليل

وَزِنًا وَشُرْبٍ وَبَخَرٍ وَزَعَرٍ وَزِيَادَةِ سِنٍّ وَظَفَرٍ وَعُجَرٍ وَبُجَرٍ وَوَالِدَيْنِ أو وَلَدٍ لاَ جَدٍّ وَلاَ أخٍ وَجُذَامِ أبٍ أوْ جُنُونِهِ بِطَبْعٍ لاَ بِمَسِّ جِنٍّ وَسُقُوطِ سِنَّيْنِ وَفِي الرَّائِعَةِ الْوَاحِدَةُ وَشَيْبٍ بِهَا فَقَطْ وَإِنْ قَلَّ وَجُعُودَتِهِ.

متن الحطاب

ص: **وزنا** ش: قال ابن عرفة: وفيها الزنا ولو في العبد الوخش عيب. محمد: ووطؤها غصبا عيب.

ص: **وشرب** ش: قال ابن عرفة: وشرب المسكر وأخذ الأمة أو العبد في شربه ولو لم تظهر بهما رائحة عيب.

ص: **وبخر** ش: قال ابن عرفة: وفيها بخر الفم عيب. ابن حبيب: ولو في عبد دنيء. وقال في الشامل: بخر فم أو فرج، وقيل في الفرج عيب في الرائعة فقط.

فائدة: رأيت بخط بعض طلبة العلم من الشافعية ما نصه: وهل يشترط أن ينظر إلى لسان العبد وأسنانه؟ فيه وجهان أحدهما نعم قيل إن تحت لسان العبد نقطة سوداء يعرفها النخاسون عيبا. انتهى.

قلت: والظاهر أنه إذا جرى العرف بأن وجود تلك النقطة عيب ينقص الثمن [فإنه[901]] يحكم بأنها عيب، ويقضى بالرد لوجودها. والله أعلم.

ص: **وزعر** ش: قال في التوضيح: قال الجوهري: الزعر قلة الشعر، ثم قال بعض الموثقين والذكر والأنثى فيه سواء. انتهى. ولم ينقله الشارح، وينبغي التنبيه عليه. وقال في الشامل: وكزعر وإن بحاجبين لتوقع كجذام، وقيل لا يكون عيبا في غير العانة، وسواء الذكر والأنثى.

ص: **وظفر** ش: قال ابن عرفة عن ابن حبيب: [والظفرة[902]] لحم نابت في شحم العين. قال: وسمع عيسى رواية ابن القاسم والشعر في العينين ولا يحلف المبتاع أنه لم يره. انتهى. وقال في الصحاح: الظفر عبارة عن جلدة تنبت على بياض العين من جهة الأنف [إلى[903]] سواد العين. انتهى.

ص: **وبجر** ش: قال في الشامل: وهو ما ينعقد في ظهر الكف.

ص: **وعجر** ش: قال: وهو ما ينعقد في العصب والعروق.

431

ص: **ووالدين/ أو ولد** ش: قال في التوضيح: أحد الوالدين عيب وأحرى اجتماعهما والولد صغيرا كان أو كبيرا.

ص: **وجذام أب** ش: يريد أو أم أو أحد من الأجداد والجدات. نقله في التوضيح.

ص: **وسقوط [سنين[904]]** ش: قال ابن عرفة: ابن رشد عن ابن حبيب نقص السن في العبد والوصيفة من مؤخر الفم لغو، ونقص السنين وزيادة الواحدة عيب مطلقا فيهما.

ص: **وشيب بها فقط وإن قل** ش: وأما في غير الرائعة فلا يكون اليسير منه عيبا بلا خلاف ولا

الحديث

....

---

[901] *- في المطبوع وإنه وما بين المعقوفين من م169 ويحيى100 وسيد43.

[902] - في المطبوع والظفر وما بين المعقوفين من ن عدود ص430 وم169 ويحيى100 وسيد43.

[903] - في المطبوع أي وما بين المعقوفين من ن عدود ص430 وم169 ويحيى100 وسيد43.

[904] - في المطبوع بسنين وما بين المعقوفين من ن عدود ص431 وم169 ويحيى100 وسيد43.

نص خليل

وَصُهُوبَتِهِ وَكَوْنِهِ وَلَدَ زِنًا وَلَو وَّخْشًا وَبَوْلٍ فِي فِرَاشٍ فِي وَقْتٍ يُنْكَرُ إنْ ثَبَتَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَإِلاَّ حَلَفَ إنْ أَقَرَّتْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَتَخَنُّثِ عَبْدٍ وَفُحُولَةِ أَمَةٍ اشْتَهَرَتْ وَهَلْ هُوَ الْفِعْلُ أَوِ التَّشَبُّهُ تَأْوِيلاَنِ وَقَلَفِ ذَكَرٍ وَأُنْثَى مُوَلَّدٍ أَوْ طَوِيلِ الإِقَامَةِ وَخَتْنِ مَجْلُوبِهِمَا كَبَيْعٍ بِعُهْدَةٍ مَّا اشْتَرَاهُ بِبَرَاءَةٍ وَكَرَهَصٍ وَعَثْرٍ وَحَرَنٍ وَعَدَمِ حَمْلٍ مُعْتَادٍ لاَ ضَبَطٍ وَثُيُوبَةٍ إلاَّ فِيمَن لاَّ يُفْتَضُ مِثْلُهَا.

متن الحطاب

432 الكثير على المشهور/ [إلا[905]] أن ينقص من الثمن. قاله في المدونة. قال ابن المواز: وهذا كله في الشابة.

ص: **وصهوبته** ش: قال في الشامل: [وقيد[906]] إن خالف [أو[907]] كان شعر مثلها أسود كالسمراء أو السوداء إن نقص [ثمنها.[908]]

ص: **ولو وخشا** ش: الظاهر رجوعه إلى المسائل الثلاث قبله؛ أي مسألة الجعودة والصهوبة وكونه ولد زنا. والله أعلم. والوخش الخسيس والدنيء.

ص: **في وقت ينكر** ش: قال ابن عبد السلام: وهو الذي ترعرع [وفارق[909]] حد الصغر جدا وأما الصغر جدا فليس بعيب.

ص: **أو أقرت عند غيره** ش: قال في الشامل: أو وضعت عند من أخبر أن ذلك بها أو نظر رجلان مرقدها مبلولا. وقال ابن عرفة: ابن حبيب: ولا يحلف المبتاع بائعه بمجرد دعواه بل حتى توضع بيد امرأة أو ذي زوجة [فيقبل[910]] خبر المرأة والزوج عن امرأته، ولو أتى المبتاع بمن ينظر مرقدها بالغد مبلولا فلا بد من رجلين لأنها شهادة.

ص: **وهل هو الفعل أو التشبه تأويلان** ش: يعني وهل العيب هو الفعل، وأما التشبه فليس بعيب، وهذا تأويل صاحب النكت، وهو في الواضحة، أو هو التشبه فالفعل من باب / أحرى؟. قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد كلام عبد الحق والواضحة بالوخش، وأما المرتفعة فالتشبه فيها عيب؛ إذ المراد منها التأنيث، وقاله عياض. 433

ص: **وحرن** ش: قال في المسائل الملقوطة: وترد الدابة من الحرن والنفار المفرط، وإذا أفرط قلة الأكل في الدابة فهو عيب ترد به. انتهى.

ص: **وعدم حمل معتاد** ش: قال في المسائل الملقوطة: قال في وثائق ابن فتحون: من ابتاع دابة أو ناقة وحمل عليها حمل مثلها ولم تنهض به ولم يقعدها عنه عجف ظاهر فله الرد بذلك عند مالك. انتهى.

ص: **لا ضبط** ش: قال في الشامل: إن لم ينقص قوة اليمين. وقال في الكبير: ولا يجبر نقص اليمين بقوة الشمال. انتهى.

ص: **إلا فيمن لا يفتض مثلها** ش: وقال في الشامل: وكثيوبة من لا يوطأ مثلها إن كانت رائعة وإلا

الحديث

....

905 – في المطبوع لا وما بين المعقوفين من سيد43 وم169 ويحيى100.

906 *– في المطبوع وفيه وما بين المعقوفين من م169 وسيد43.

907 *– في المطبوع إن وما بين المعقوفين من م169 ويحيى100 وسيد43.

908 *– في نسخة يحيى ص100 ثمنهما.

909 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص432 وم170 ويحيى100 وسيد43.

910 – في المطبوع فينقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص432 وم170 ويحيى100 وسيد43.

نص خليل وَعَدَمِ فُحْشِ ضِيقِ قُبُلٍ وَكَوْنِهَا زَلاَّءَ وَكَيٍّ لَمْ يُنَقِّصْ وَتُهَمَةٍ بِسَرِقَةٍ حُبِسَ فِيهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ بَرَاءَتُهُ وَمَا لاَ يُطَّلَعُ عَلَيْهِ إلاَّ بِتَغَيُّرٍ كَسُوسِ الْخَشَبِ وَالْجَوْزِ وَمُرِّ قِثَّاءٍ وَلاَ قِيمَةَ وَرَدُّ الْبَيْضِ.

متن الحطاب فلا، وقيل إلا بشرط. انتهى.

ص: وعدم فحش ضيق قبل ش: إنما أتى بهذه العبارة لينبه على أن فحش ضيقه عيب، ولو قال وضيق قبل إلا أن يفحش لكان أوضح، وفي بعض النسخ صغر بدل ضيق وهو أحسن لأن صغر القبل عيب، وأما ضيق القبل فمن الصفات المستحسنة إلا أن يفحش، ولفظ الرواية: قال ابن المواز: قال أشهب عن مالك والصغيرة القبل ليس بعيب إلا أن يتفاحش فيصير كالنقص. انتهى.

ص: وكونها زلاء ش: قال الشارح: قال في المدونة وزاد في الموازية والواضحة إلا أن تكون ناقصة الخلقة. انتهى. ولم ينبه على قيد المسألة. وقال ابن الحاجب: وفيها كونها زلاء ليس بعيب وقيد باليسير. قال في التوضيح: الزلاء بالمد صغيرة الألية، ولا بد من التقييد باليسير؛ ولهذا قال في الموازية الخ. انتهى. ويمكن أن يقال إنه في كلام المصنف معطوف على قوله: "ضيق قبل"، والمعنى وعدم فحش كونها زلاء فتأمله. والله أعلم.

ص: وكي لم ينقص ش: قال في الشامل: لا كي خف ولم ينقص الثمن، وقيل إلا أن يخالف لون الجسد، أو يكون متفاحشا في منظره، أو كثيرا متفرقا، أو في الفرج وما والاه أو في الوجه، وقيل من البربر فلا رد بخلاف الروم.

ص: ثم ظهرت براءته ش: قال في الشامل: ولا تهمة بسرقة ثم ظهرت براءته بكوجودها عند غيره./ 434

ص: كسوس الخشب ش: وقيل يرد به وهو رواية المدنيين، وقال ابن حبيب: لا يرد إن كان من أصل الخلقة لا طارئا كوضعه في مكان ندي، وهل قوله وفاق، وإليه ذهب المازري، أو خلاف، وإليه ذهب ابن يونس؟ تأويلان، وقيل يغتفر اليسير فقط.

ص: والجوز ومرقثاء ش: هذا هو المشهور. قال في الشامل: وثالثها إن كان قليلا يمكن اختباره [فالخضرة[911]] بقثاءتين أو جوزتين دون كثير رد لا ما كثر، إلا أن يكون كله فاسدا أو أكثره وإن كان المعيب يسيرا في كثير فلا [رد،[912]] والأظهر إن شرط الرد مع وجوده مرا أو غير مسوس يوفى له بشرطه. اهـ. وقوله: "والأظهر الخ" هو من كلام المصنف في التوضيح، وانظر إذا جرت العادة بالرد بذلك هل ينزل منزلة الشرط وهو الظاهر أم لا؛ لقوله في الأم: "وأهل السوق يردونه إذا وجدوه مرا"؟ ولا أدري [بم ردوا ذلك إنكارا لرده[913]]. اهـ.

ص: ورد البيض ش: [قال في المدونة:[914]] لأنه مما يعلم فاسده قبل كسره، فإن كسره المشتري رده مكسورا، ورجع بجميع الثمن إن كان البائع مدلسا، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما بين

الحديث ....

911 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص434

912 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 وم170 ويحيى101 وسيد43.

913 – في المطبوع بما رد وذالك إنكارا لرد وما بين المعقوفين من م170 وسيد عبد الله 43 (وفي يحي101 لم رد وذالك إنكار لرده)

914 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 وم170 ويحيى101 وسيد43.

نص خليل وَعَيْبٍ قَلَّ بِدَارٍ.

متن الحطاب القيمتين إن كانت له قيمة يوم باعه بعد كسره، وإلا رجع بالثمن كله، وهذا إذا كسره بحضرة البيع وإن كان بعد أيام لم يرده؛ لأنه لا يدري أفسد عند البائع أو عند المبتاع. والله أعلم.

435 ص: **وعيب قل بدار** ش: اعلم أن عيوب الدار ثلاثة أقسام: قسم يسير لا ينقص/ من الثمن لا ترد به الدار ولا يرجع بقيمته ليسارته كالشرافات، وقسم خطير يستغرق معظم الثمن ويخشى منه سقوطها فهذا ترد به، وقسم متوسط يرجع بمنابه من الثمن كصدع في حائط، فالظاهر أن المصنف أراد المتوسط بدليل قوله: "رجع بقيمته" بإضافة قيمة إلى ضمير العيب القليل كما هو في أكثر النسخ كما نبه عليه ابن غازي، ويكون قوله: "كصدع جدار" [تشبيها[915]] له، ويدخل في كلام المصنف اليسير الذي لا ينقص الثمن من باب أحرى.

قال في الشامل: واغتفر سقوط شرافة ونحوها، واستحقاق حمل جذوع أو جدار إلا أن يشترط أربع جدرات فيرجع بقيمته كاستحقاق الأقل منها، وترد العروض بالعيب اليسير، وقيل كالدور. اهـ.

وقيل إن الدار كالعروض ترد باليسير، والفرق على المشهور بين الدور وغيرها أن اليسير فيها يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء بخلاف غيرها، أو أنها لا تنفك عن عيب فلو ردت باليسير لأضر بالبائع. وقال البرزلي: والفرق بين الدور والأصول وغيرها أن اليسير في الدور والأصول لا يعيب إلا موضعه ويتهيأ زواله، وغيرها يعيب جميعه ولا يتهيأ زواله، ولعبد الحق: الفرق أن الدور تشترى للقنية بخلاف غيرها، وعن ابن زرقون مسألة الدور أصل يرد إليه سائر البياعات في العيوب، وسمعته يذكر التفرقة المتقدمة ويقول: مسألة الدور ضعيفة فلذلك احتاج الناس إلى توجيهها. اهـ.

وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب لما تكلم على عيوب الدار [و[916]] [أنها لا ترد[917]] باليسير [ما نصه:[918]] وثمرة ذلك أن العيب إذا كان يسيرا وطلب المبتاع أخذ الأرش فقال له رب الدار رد علي داري وخذ مالك لم يكن له ذلك بخلاف العروض والسلع. اهـ. وهو خلاف ما نقله ابن سلمون عن ابن الحاج، ونصه في أوائل البيوع في الفصل الثاني: وفي مسائل ابن الحاج: إذا كان العيب في العقار يسيرا فلا يرد به المبيع، وللمبتاع الرجوع بقيمة العيب إلا أن يقول له البائع اصرف علي ما بعت منك وخذ الثمن فمن حقه ذلك إلا أن يفوت المبيع فيكون له قيمة العيب. اهـ. ونقله البرزلي في أوائل مسائل العيوب عن ابن الحاج أيضا، وقال بعده: قلت: تخيير البائع إنما هو فيما يوجب الرد، وأما ما لا يوجبه فمن اختار التمسك فالقول قوله إلا أن يجتمعا على الرد. اهـ.

وقال في الشامل: وجدار إلا أن يشترط أربع جدرات ونحوه في أواخر المنتخب عن أصبغ، وهو في سماعه من جامع البيوع بزيادة فائدة؛ وهي ما إذا وجه المشتري على البائع يمينا أنه باعه الحائط هل تلزمه أم لا؟ ونصه: فيمن اشترى دارا بجميع حقوقها فهدمها إلا حائطا منها منعه منه جاره وقال هو لي وأقام عليه البينة قال لا شيء للمشتري فيه، قال السائل فإنه يقول للبائع احلف ما بعتني هذا الحائط فيما بعتني، قال ليس له عليه يمين إلا أن يدعي أنه باعه ذلك الحائط بعينه

الحديث ...

---

915 *- في المطبوع تشبيه وما بين المعقوفين من ن يحيى101.

916 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص435 وم170 ويحيى101 وسيد43.

917 – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من م170 ويحيى101.

918 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص435 ويحيى101 وسيد43.

نص خليل

وَفِي قَدْرِهِ تَرَدُّدٌ وَرَجَعَ بِقِيمَتِهِ كَصَدْعِ جِدَارٍ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهَا مِنْهُ إلاَّ أَنْ يَكُونَ وَاجِهَتَهَا أَوْ بِقَطْعِ مَنْفَعَةٍ كَمِلْحِ بِئْرِهَا بِمَحَلِّ الْحَلاَوَةِ.

متن الحطاب

وينكر ذلك البائع فله عليه اليمين، وأما قول المشتري اشتريت منك جميع الدار وهذا الحائط منها فليس عليه بذلك يمين؛ لأنه إنما باعه كل حق هو للدار فهذا ليس من حقها. اهـ.

ص: **وفي قدره تردد** ش: قال ابن عرفة: في حد الكثير بثلث الثمن أو ربعه، ثالثها ما قيمته عشرة مثاقيل، ورابعها عشرة من مائة، وخامسها لا حد لما به الرد إلا بما أضر لابن عبد الرحمن وعياض عن ابن عات وعن ابن القطان وابن رشد ونقل عياض. اهـ.

ص: **كصدع جدار إن لم يخف عليها منه** ش: ظاهر قول المصنف: "لم يخف عليها منه" أنه لو خيف/ على الحائط وحده لم ترد به. قال في التوضيح: وبه صرح اللخمي وعياض، وهو ظاهر المدونة، خلاف ما قال عبد الحق، وسيأتي لفظه، وكلام المصنف موافق لكلام ابن الحاجب، ونصه: وفيها في الصدع في الجدار وشبهه إن كان يخاف على الدار أن تنهدم رد به وإلا فلا. قال في التوضيح: وظاهر قوله إن كان يخاف على الدار أنه لو خيف على حائط لم ترد، وبه صرح اللخمي عياض، وهو ظاهر الكتاب بخلاف ما ذهب إليه عبد الحق [وابن سهل[919]] وغيرهما، [وقالوا[920]] أنه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه أنه يجب الرد، وقد قيل إنما يرد لخوف هدم الحائط إذا كان ينقص الدار كثيرا. عياض: وهو صحيح المعنى، واستدل من لم ير له الرد بهدم الحائط أن الحائط لو استحق لم يكن له رد فكيف إذا كان به صدع؟ وفرق الآخرون بأنه في الاستحقاق لا ضرر عليه؛ لأنه [يأخذ قيمته، بخلافه هنا[921]] فإنه يضطر إلى بنيانه والنفقة فيه. اهـ. وظاهر كلام المصنف في مختصره أنه شهر القول بعدم الرد إذا خيف على الحائط وحده، وأما لو خيف عليها منه لردت منه، وتأمل ما نسبه ابن الحاجب للمدونة مع قولها في كتاب التدليس بالعيوب: ومن ابتاع دارا فوجد بها صدعا، فأما ما يخاف منه سقوط الجدار فليرد، وإلا فلا. اهـ. والله أعلم.

436

ص: **أو يقطع منفعة** ش: أكثر النسخ على أنه مصدر، ويقع في بعض النسخ بالياء المثناة من تحت في أوله مضارع قطع، فعلى هذا يكون فيه ضمير يعود على الجدار. والله أعلم.

ص: **أو ملح بئرها بمحل الحلاوة** ش: يقع في بعض النسخ أو ملح بئرها بعطف ملح بأو وفي بعض النسخ كملح بكاف التشبيه، وعلى النسخة الأولى فالظاهر أنه مستغنى بقطع المنفعة المتقدم ذكره؛ لأنه في التوضيح عده من جملة قواطع المنفعة، وعلى النسخة الثانية فهو تشبيه بقطع المنفعة. قال في الشامل: وفساد أساسها أو [أو غور ماء بئرها[922]] أو ملوحته بمحل العذوبة أو تعفين قواعدها أو فساد حفرة مرحاضها [كثيرا.[923]] اهـ.

فرع: قال المشذالي في حاشيته: قال الوانوغي: البق عيب ولو في السرير، وكثرة النمل عيب، وفي سوء الجار خلاف.

الحديث ....

---

[919] – في المطبوع ابن شهاب وما بين المعقوفين من التوضيح ج5 ص440.

[920] – في المطبوع وتأولوا وما بين المعقوفين من التوضيح ج5 ص440.

[921] – في المطبوع أخذ قيمته بخلاف ما ههنا وما بين المعقوفين من التوضيح ج5 ص440.

[922] – في المطبوع أو عين مائها وما بين المعقوفين من الشامل لبهرام ج2 ص571.

[923] *– في المطبوع كثير وما بين المعقوفين من ن يحيى102.

نص خليل ....

متن الحطاب

قلت: الصواب أنه ليس بعيب؛ لأنه ليس براجع إلى شيء من أحوال المبيع، وفيما قاله نظر، والخلاف الذي في سوء الجار حكاه في الطراز. قال في الموازية: سوء الجار في الدار [المكتراة[924]] عيب ترد به إذا لم يعلم، وقال غيره ليس ذلك عيبا في [البيع*]، وقد قال أبو صالح الحراني: سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجيران. ولم يأت إلا من هذا الطريق. المشذالي: في العاشرة من الجزء الخامس من كتاب الجامع من سماع ابن القاسم قال مالك: كان [يقال[925]] اللهم إني أعوذ بك من [جار سوءٍ[926]] في دار إقامة. ابن رشد: المحنة بالجار السوء عظيمة، وقد روي عن مالك أن الدار ترد من سوء الجار. المشذالي: قال في موضع آخر من البيان من اشترى دارا فوجد جيرانها يشربون أن ذلك عيب ترد به.

قال الصقلي في آخر الرواحل: ومن اكترى دارا فوجد بها جيران سوء فذلك عيب ترد به الوانوغي وفي الشؤم والجنون نظر، والذي اختاره ابن عرفة أنهما ليسا بعيب، والصواب عندي أن ذلك عيب؛ لأنه مما تكرهه النفوس قطعا، فإن كون الدار مشهورة بعوامر الجان لا تسكن غالبا، وكذا إذا اشتهرت بالشؤم لا تملك غالبا. المشذالي: وهذا هو الذي اختار صاحب جامع مسائل الأحكام -يعني البرزلي- في الشؤم بعد أن حكى عن شيخه الإمام مثل ما حكى الوانوغي، وقال قياسا على سوء الجيران: إلا أن يقال إن سوء الجيران محقق بدليل قول الشاعر:

بجيرانها تغلو الديار وترخص ....

والشؤم في الدار غير محقق؛ لأنها قد تكون كذلك على قوم دون قوم، أو تتقدم تارة وتتأخر أخرى، أو يحدث فيها، وقوله في الحديث: {دعوها فإنها ذميمة[1]} في قوم حصل لهم ذلك فهي قضية عين، وكذا قوله: في {الشؤم في الدار والمرأة والفرس[2]} على رواية إثباته كله قد يكون وقد لا يكون، لكنه إن وقع جاز/ التعلق به ولا ينكر، ويستثنى من: {لا طيرة في الإسلام} المشذالي: وهذا الفرق يقتضي عكس اختيار الوانوغي في المسألتين، وقال ابن رشد في ثاني مسألة من كتاب المرابحة: إذا طال مكث المتاع عنده فلا [يبع[927]] مرابحة ولا مساومة حتى يبين وإن لم تحل أسواقه؛ لأن [التجار[928]] في الطري أرغب وهم عليه أحرص من أجل أنه إذا طال مكثه [خبث[929]] وحال [عن[930]] حاله وتغير وقد يتشاءمون بها لثقل خروجها وهذا وجه ما في المدونة. والله أعلم. انتهى كلامه بلفظه.

437

تنبيه: تقدم في كلام الوانوغي أن البق عيب في السرير ومثله القمل في الثوب. قال في المسائل الملقوطة* عن الطرر عن ابن عبد الغفور: حكى عن ابن جماعة من أصحابنا في المجلس أن كثرته في الثياب عيب، خزا كانت أو صوفا أو كتانا. انتهى.

الحديث

1 – دعوها ذميمة، الموطأ مع موسوعة شروحه، مركز هجر، القاهرة 2005، رقم الحديث 1887.

2– مسلم في صحيحه، كتاب السلام، رقم الحديث 2225، دار إحياء التراث العربي.

---

924 – الذي في مطبوعة الرزلي، ج3 ص258 المشتراة.

925 – في المطبوع يقول وسيد43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص436 وم171 ويحيى102.

926 – في المطبوع الجار السوء وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل، ج17 ص530.

927 *– في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من م171 ويحيى102 وسيد44.

928 *– في المطبوع التجارة وما بين المعقوفين من ن يحيى102 وسيد44.

929 *– في المطبوع لبث وما بين المعقوفين من ن يحيى102 وأقره الشيخ محمد سالم وفي م171 يبس.

930 *– في المطبوع على وما بين المعقوفين من م سيد44 وم 171 ويحيى102.

*– في م171 في بيع.

*– الذي في مطبوعة المسائل الملقوطة، ص214 (قال في الطرر قال ابن عبد الغفور حكى جماعة من أصحابنا في المجالس أن كثرة القمل في الثياب عيب ترد به قزا)

نص خليل وَإِنْ قَالَتْ أَنَا مُسْتَوْلَدَة لَمْ تَحْرُمْ لَكِنَّهُ عَيبٌ إِنْ رَضِيَ بِهِ بَيَّنَ وَتَصْرِيَةُ الْحَيْوَانِ كَالشَّرْطِ كَتَلْطِيخِ ثَوْبِ عَبْدٍ بِمِدَادٍ فَيَرُدُّهُ بِصَاعٍ مِنْ غَالِبِ الْقُوتِ وَحَرُمَ رَدُّ اللَّبَنِ.

متن الحطاب ص: **وإن قالت أنا مستولدة لم تحرم لكنه عيب إن رضي به بين** ش: يعني أن من اشترى أمة ثم اطلع على أنها كانت ادعت على بائعها أنه استولدها وثبت ذلك ببينة لم تحرم على المشتري استدامة ملكها بهذه الدعوى، ولكنه عيب يجب له [به الرد[931]] على البائع إن أحب، فإن رضي به أو صالح عنه ثم أراد أن يبيع تلك الأمة لزمه أن يبين، كما يلزمه ذلك في جميع العيوب وكما كان يجب ذلك على بائعها وهذا قول مالك في أول سماع ابن القاسم من كتاب العيوب، ونقل الشيخ أبو محمد من رواية محمد عن مالك وعن الواضحة، ونقل ابن رشد أن ابن لبابة وابن مزين وعبيد الله بن يحيى ونظائرهم أفتوا به، وروى المدنيون عن مالك أنه ليس بعيب، وما ذكره ابن غازي فيما يتعلق بكلام المصنف مفهوما ومنطوقا كاف في ذلك.

فرع: قال ابن عبد السلام: ودعوى العبد الحرية تتنزل هذه المنزلة؛ لأن النفوس تكره الإقدام على مثل هذا لاحتمال صدق العبد والأمة، ولو علم كذبهما فإنه يوجب تشويشا على مالكهما والتعرض لعرضه. قال غير واحد من شيوخ الأندلسيين: إذا أقام العبد أو الأمة شاهدا بالحرية لم يحكم لهما بها، ويقضى للمبتاع بالرجوع بالثمن على بائعها إن أحب؛ لأن ذلك عيب. اهـ. ونقله ابن عرفة عن ابن عات، ونقله صاحب الشامل.

ص: **وتصرية الحيوان كالشرط** ش: يعني أن التغرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا/ فلا يوجد. قاله ابن شاس وهو أحسن من قول التوضيح والشارح. 438 وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم. اهـ. [لقصر[932]] هذا الكلام فيما يستر العيب فقط وشمول [الأول[933]] [الفعل[934]] لا يستر عيبا وإنما يظهر كمالا. قال ابن عرفة بعد نقله كلام ابن شاس: قلت: هذا إن ثبت أن البائع فعله أو أمر به لاحتمال فعله العبد دون سيده لكراهة بقائه في ملكه. اهـ. وهو ظاهر قياسا على [ما مر في[935]] النجش ومنه صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد. قاله في التوضيح. قال ابن عرفة: ومنه قوله في البيوع الفاسدة: من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت علي بكذا شدد مالك كراهة فعله واتقى فيه وجه الخلابة. ابن أبي زمنين: إن وقع خير فيه مبتاعه وإن فات رد بقيمته، وقاله عبد الملك الصقلي عن ابن أخي هشام يخير في قيامها وفي فواتها الأقل من قيمتها وثمنها. اهـ. وقال في المسائل الملقوطة: [الغرور[936]] بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف، فالأول كمسألة الصيرفي ينقد الدراهم ثم يظهر فيها زائف، ومسألة الخياط يقيس الثوب ويقول يكفي فيفصله فينقص، والدليل

الحديث ....

931 – في المطبوع بالرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص437 وم171 ويحيى102 وسيد44.
932 – في المطبوع قصر وما بين المعقوفين من م171.
933 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم171 ويحيى102 وسيد44.
934 *- في م171 لفعل.
935 – في المطبوع ما مر به في وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم171 ويحيى102 وسيد44.
936 *- في المطبوع الغرر وما بين المعقوفين من م 171 ويحيى102 وسيد44.

نص خليل

لاَ إنْ عَلِمَهَا مُصَرَّاةً أَوْ لَمْ تُصَرَّ وَظَنَّ كَثْرَةَ اللَّبَنِ إلاَّ إنْ قُصِدَ وَاشْتُرِيَتْ فِي وَقْتِ حِلاَبِهَا وَكَتَمَهُ وَلاَ بِغَيْرِ عَيْبِ التَّصْرِيَةِ عَلَى الأَحْسَنِ وَتَعَدَّدَ بِتَعَدُّدِهَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَالأَرْجَحِ وَإِنْ حُلِبَتْ ثَالِثَةً فَإِنْ حَصَلَ الاِخْتِبَارُ بِالثانِيةِ فَهُوَ رِضًا وَفِي الْمَوَّازِيَّةِ لَهُ ذَلِكَ وَفِي كَوْنِهِ خِلاَفًا تَأْوِيلاَنِ وَمَنَعَ مِنْهُ بَيْعُ حَاكِمٍ.

متن الحطاب

يخطئ الطريق، والغار في الأمة يقول إنها حرة، ومن أعار شخصا إناء مخروقا وهو يعلم به، وقال إنه صحيح، ومن قال لرجل في رمضان كل فإن الفجر لم يطلع وقد علم طلوعه، فعلى القول بالضمان يؤدب، [ويتأكد[937]] أدبه على المشهور من أنه لا يضمن وإذا ضمناه يلزمه المثل والقيمة بموضع هلك[938]، والثاني كمن [لقم[939]] شخصا بيده في رمضان بعد الفجر ومسائل التدليس وصبغ الثوب القديم وتلطيخ ثوب العبد بالمداد ونحو ذلك. اهـ باختصار. ومنها أيضا: قال في مسائل أجوبة القرويين في القائل لرجل بع سلعتك من فلان لأنه ثقة ومليء فوجده بخلاف ذلك فقال: لا يغرم شيئا إلا أن يغره وهو يعلم بحاله. اهـ . [والتصرية.[940]] قال في التوضيح: جمع اللبن في الضرع يوما أو يومين حتى يعظم ثديها ليوهم مشتريها أنها تحلب [كل يوم[941]] مثل ذلك. اهـ.

فرع: لو اشترى مصراة وسافر قبل حلابها فحلبها أهله زمانا فقدم فعلم بتصريتها فله ردها ويرد صاعا فقط [وغيره[942]] خراج بالضمان. نقله ابن عرفة عن ابن محرز.

تنبيه: قال الشارح: في قوله: "الحيوان" نظر لشموله الأنعام وغيرها، وعيب التصرية خاص بالأنعام .اهـ وفيه نظر. قال ابن عرفة: المازري ولو كانت التصرية في غير الأنعام [كالأتن والآدميات فللمبتاع مقال؛ لأن زيادة لبنها يزيد في ثمنها لتغذية ولدها. قاله الشافعية. ويجب[943]] تسليمه. ابن زرقون عن الخطابي: التصرية في الآدميات كالأنعام، وقال بعض أصحابنا لا ترد الأمة لذلك.

439 ص: **لا إن علمها مصراة** ش: قال ابن عرفة: قال اللخمي: وإن علم مشتريها أنها/ مصراة قبل أن يحلبها فله ردها قبل حلابها ليخبرها [بحلابها،[944]] وهل نقص تصريتها يسير أم لا؟ وكذا إن علم بعد حلابها [ماصريت[945]] به له ردها وإمساكها حتى يحلبها ويعلم عادتها.

قلت: يجب أن لا يردها بعد إمساكها لما ذكر إلا بعد حلفه إنه ما أمسكها إلا لذلك إلا أن يشهد بذلك قبل إمساكها قال: وإن اشتراها عالما أنها مصراة فلا رد له إلا أن يجدها دون معتاد مثلها.

ص: **ومنع منه بيع حاكم** ش: يعني إذا باعه [عن[946]] غيره ولم يعلم بالعيب. قاله في التوضيح والشامل، ونص الشامل كأن باعه وارث لقضاء دين أو [وصية[947]] إن بين أنه إرث أو باعه حاكم عن

الحديث

....

937 – في المطبوع ويتأبد وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم172 ويحيى102 وسيد44.

938 *– كذا في النسخ وهو الذي في المسائل الملقوطة، ص310.

939 – في المطبوع لثم وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم172 ويحيى102 وسيد44.

940 *– في المطبوع التصرية وما بين المعقوفين من م172 ويحيى103 وسيد44.

941 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم172 ويحيى102 وسيد44.

942 *– في المطبوع وغير وما بين المعقوفين من م172 ويحيى103 وسيد44.

943 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص438 وم172 ويحيى103 وسيد44.

944 – في المطبوع بحالها وما بين المعقوفين من ن عدود ص439 وم172 وسيد44 ويحيى103.

945 – في المطبوع فأصريت وما بين المعقوفين من ن عدود ص439 وم172 ويحيى103 وسيد44.

946 – في المطبوع من (وفي يحيى103 باعه غيره) وما بين المعقوفين من ن عدود ص439 وم172 وسيد44.

947 – في المطبوع أو وصيه وما بين المعقوفين من الشامل لبهرام، ج2 ص572.

نص خليل وَوَارِثٍ رَقِيقًا فَقَطْ بَيَّنَ أَنَّهُ إِرْثٌ وَخُيِّرَ مُشْتَرٍ ظَنَّهُ غَيْرَهُمَا وَتَبَرِّي غَيْرِهِمَا فِيهِ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ إِنْ طَالَتْ إِقَامَتُهُ وَإِذَا عَلِمَهُ بَيَّنَ أَنَّهُ بِهِ وَوَصَفَهُ أَوْ أَرَاهُ لَهُ وَلَمْ يُجْمِلْهُ.

متن الحطاب غيره. ثم قال: ولو باع بحدثان ملكه لم يفده على المشهور، وكذا لو أعلمه ولو حاكما أو وارثا حتى يسميه إن لم يتفاوت كقطع أو عور أو يريه له. وانظر المدونة في كتاب الرد بالعيوب.

ص: ووارث ش: أي إذا باع لقضاء دين أو تنفيذ وصية كما صرح به ابن الحاجب وغيره، وتقدم في كلام الشامل. وقال ابن عرفة: وعلى اعتبار بيع الميراث ففي كونه ما بيع منه لقضاء دين فقط [أو لما[948]] بيع لقسم الورثة قولان للباجي وعياض عن غيره.

تنبيه: بيع الحاكم والوارث هو بيع البراءة. قال ابن عبد السلام: ومعنى البراءة التزام المشتري للبائع في عقدة البيع أن لا يطالبه بشيء من سبب عيوب المبيع التي لم يعلم بها، كانت قديمة أو مشكوكا فيها، وقال ابن عرفة: والبراءة ترك القيام بعيب قديم فيها وفي عددها اضطراب ثم نقل كلام أهل المذهب في ذلك، وأطال فراجعه إن أردته. والله أعلم.

440 ص: ولم يجمله ش: يعني/ لم يجمل العيب [مع[949]] غيره ولم يجمل في ذكر العيب ولم يبين قدره. قال البساطي: نكتة: كان بعض المعاصرين يتمسك بظاهر قولهم إذا أجمل لا يقبل مطلقا، ولو ظهر أنه سرق درهما مثلا وكنت أنازعه في ذلك، وأقول إنه يفيده فيما سرق عادة، [وأما[950]] إذا ظهر أنه نقب أو أتى [من[951]] ذلك بالعظيم الذي لا يخطر بالبال فلا يفيد [ومات[952]] ولم يرجع وأنا باق على ذلك ولم أرجع عنه. اهـ.

قلت: ما [قاله[953]] هو الظاهر الذي لا شك فيه، وكأنه لم يقف على نص صريح في ذلك، وكلام المدونة والنوادر في ذلك كالصريح، قال في كتاب العيوب من المدونة: ومن باع بعيرا فتبرأ من دبراته فإن كانت [منغلة[954]] مفسدة لم يبرأ وإن أراه إياها حتى يذكر ما فيها من [نغل[955]] وغيره، وكذلك إن تبرأ في عبد من سرقة أو إباق والمبتاع يظن إباق ليلة أو إلى مثل العوالي أو سرقة الرغيف ونحوه وقد أبق إلى مثل مصر والشام فلا يبرأ حتى يبين أمره. اهـ. فمفهومه أنه لو وجد يأبق ليلة أو يسرق رغيفا بريء، وقال في النوادر في ترجمة بيع البراءة: ومن الواضحة: قال مالك وأصحابه: ومن تبرأ من عيب فمنه فاحش وخفيف فلا يبرأ من فاحشه حتى يصف تفاحشه من ذلك الإباق والسرقة

الحديث ....

---

948 *- في المطبوع ولما وما بين المعقوفين من م172 ويحيى103 وسيد44.

949 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

950 - في المطبوع وما وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

951 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

952 - في المطبوع وفات وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

953 - في المطبوع نقله وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

954 *- في المطبوع متعلقة وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص104.

955 *- في المطبوع تعد وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص104.

نص خليل وَزَوَالُهُ إلاَّ مُحْتَمِلَ الْعَوْدِ وَفِي زَوَالِهِ بِمَوْتِ الزَّوْجَةِ وَطَلاَقِهَا وَهْوَ الْمُتَأَوَّلُ وَالأَحْسَنُ أَوْ بِالْمَوْتِ فَقَطْ وَهُوَ الأَظْهَرُ أَوْ لاَ أَقْوَالٌ وَمَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا إلاَّ مَا لاَ يُنْقِصُ كَسُكْنَى الدَّارِ وَحَلَفَ إنْ سَكَتَ بِلاَ عُذْرٍ فِي كَالْيَوْمِ لاَ كَمُسَافِرٍ اضْطُرَّ لَهَا أَوْ تَعذَّرَ قَوْدُهَا لِحَاضِرٍ فَإِنْ غَابَ بَائِعُهُ أَشْهَدَ فَإِنْ عَجَزَ أَعْلَمَ الْقَاضِي فَتَلَوَّمَ فِي بَعِيدِ الْغَيْبَةِ إنْ رُجِيَ قُدُومُهُ.

متن الحطاب والدبرة بالبعير ومثل من تبرأ من كي أو آثار بالجسد أو من عيوب الفرج [فيجد ذلك[956]] متفاحشا في ذلك كله فله الرد، وكذلك سائر العيوب، وذكر مثله ابن القاسم في كتاب محمد .اهـ. وهذا أصرح من كلامه في المدونة، وقال بعده في المدونة: وإذا تبرأ من عيوب الفرج فإن كانت مختلفة ومنها المتفاحش لم يبرأ حتى يذكر أي عيب إلا من اليسير فإنه يبرأ .اهـ. وهذا أصرح مما في النوادر والمسألة الآتية في قول المصنف: "وهل يفرق بين أكثر العيب" شاهدة لما قاله البساطي. والله أعلم.

ص: **وزواله إلا محتمل العود** ش: أي ومنع من خيار العيب زوال ذلك العيب إلا أن يكون ذلك العيب لا تؤمن عودته فلا يمنع.

تنبيه: تكلم المصنف على حكم المسألة بعد وقوع البيع [وكذلك ابن[957]] الحاجب ولم يتكلما على حكم المسألة ابتداء؛ وهي ما إذا زال العيب هل يجب على البائع أن يبينه أم لا؟ وقد ذكر في النوادر في ترجمة القول في عيوب الرقيق في أبدانهم فقال: ومن كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم: وإذا انقطع البول عن الجارية فلا [يبيعها[958]] حتى يبين؛ لأنه لا يؤمن من عودته وكذلك الجنون، فإن لم يبين فهو عيب ترد به، وقال أشهب في البول فإذا انقطع انقطاعا بينا مضى له السنون الكثيرة فما عليه أن يبين، وأما انقطاع لا يؤمن فلا وللمبتاع الرد. اهـ. ويأتي في القولين الخلاف هل هما خلاف أو وفاق؟

تنبيه: قوله: "وزواله" ظاهره سواء زال قبل أن يقوم بالعيب أو بعد القيام به وقبل الحكم، وهو كذلك عن ابن القاسم خلافا لأشهب. قال اللخمي: "ومن اشترى عبدا أو أمة بها عيب فذهب قبل أن يقوم به لم يكن له الرد، واختلف إذا علم [به فذهب[959]] فيريد أن يرد به فقال ابن القاسم لا رد له، وقال أشهب له أن يرد والأول أصوب". اهـ.

ص: **وبالموت وهو الأظهر** ش: ظاهره سواء كانت رائعة أم لا، وقال في التوضيح: القول الثاني لابن حبيب وأشهب/ أن العيب يذهب بالموت دون الطلاق. ابن حبيب: إلا أن تكون الأمة رائعة يعني في الموت. ابن رشد: وهو أعدل الأقوال.

441

ص: **فإن غاب بائعه أشهد فإن عجز أعلم القاضي** ش: نحوه لابن شاس وابن الحاجب، ونقله في الذخيرة وقبله، وظاهره كما قال ابن عرفة أن إشهاده شرط في رده أو في سقوط اليمين عنه إن قدم به،

الحديث ....

---

[956] *- في المطبوع فيوجد في ذلك وما بين المعقوفين من النوادر ج6 ص246.

[957] - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

[958] - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 وسيد44.

[959] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص440 وم172 ويحيى103 (وفي سيد44 به ثم ذهب).

نص خليل

كَأَن لَّمْ يُعْلَم مَوْضِعُهُ عَلَى الأَصَحِّ وَفِيهَا أَيْضًا نَفْيُ التَّلَوُّمِ وَفِي حَمْلِهِ عَلَى الْخِلَافِ تَأْوِيلَانِ ثُمَّ قَضَى إِنْ أَثْبَتَ عُهْدَةً مُّؤَرَّخَةً وَصِحَّةَ الشِّرَاءِ إِن لَّمْ يَحْلِفْ عَلَيْهِمَا.

متن الحطاب

وأنه بعد الإشهاد ترد عليه إن كان قريب الغيبة أو له وكيل، فإن عجز عن الرد لبعد غيبة البائع فإنه يرفع إلى القاضي وأنه إن لم يرفع إلى القاضي لم يكن له رد إذا قدم، وهو خلاف ما جزم به ابن عرفة وجعله المذهب ونصه: وغيبة بائع المعيب لا [تسقط[960]] حق مبتاعه. اللخمي عن ابن القاسم: من أقام بيده عبد اشتراه ستة أشهر لغيبة بائعه ولم يرفع لسلطان حتى مات العبد له الرجوع بعيبه، ويعذر بغيبة البائع لثقل الخصومة عند القضاة، ولأنه يرجو إن قدم البائع موافقته، وقول ابن الحاجب إن كان البائع غائبا استشهد شهيدين يقتضي أن إشهاده شرط في رده أو في سقوط اليمين عنه إن [قدم ربه[961]] ولو لم يدع عليه [ذلك،[962]] ولا أعرفه لغير ابن شاس وله القيام في غيبته./ اهـ. ففهم من قوله: "وله القيام في غيبته" أن له عدم القيام، وقوله: "ولو لم يدع عليه ذلك" أي ولو لم يحقق عليه الدعوى؛ لأنه إذا حقق عليه الدعوى بالرضا وقال إن مخبرا أخبره بذلك فإن اليمين تتوجه بلا كلام. والله أعلم.

442

ص: كإن لم يعلم قدومه على الأصح ش: كذا في أكثر النسخ، وفي نسخة ابن غازي كان لم يعلم موضعه، وهو أبين؛ لأن فرض المسألة في الغائب الذي جهل موضعه، والأصح [هو[963]] قول أبي مروان بن مالك القرطبي كما قال ابن غازي، وإنما نبه على ذلك لأن الشارح نسب هذا القول لابن شعبان وليس كذلك، والذي غر الشارح في ذلك لفظ التوضيح فإنه قال: وهو قول [ابن[964]] مالك القرطبي فتصحفت بابن [القرطي وهو ابن[965]] شعبان، والمصحح لقول [ابن[966]] مالك هو ابن سهل كما قال ابن غازي أيضا، وقال الشارح إنه ابن رشد، ولم أقف عليه ويقع في النسخة المصحفة من ابن غازي ما نصه: قال -يعني ابن سهل-: وقول ابن القطان له مجال في النظر بزيادة لفظ له ومجال بالجيم وهو كلام فيه زيادة وتصحيف، والذي في النسخ الصحيحة، وقول ابن القطان محال في النظر بإسقاط لفظة: "له" ومحال بالحاء المهملة، وهو الذي يقتضيه التعليل، وهو نص كلام ابن سهل، ولفظه: وأما في قوله غيبة بعيدة بحيث لا يعلمون فلا معنى له ومحال في النظر. والله أعلم.

ص: ثم قضى إن أثبت عهدة مؤرخة وصحة الشراء إن لم يحلف عليهما ش: قال أبو الحسن الصغير: يتم حكم الحاكم في هذه المسألة بعد ثبوت تسعة فصول أحدها إثبات الشراء، الثاني إثبات أن الثمن كذا، الثالث إثبات أنه نقده، الرابع إثبات أمد المبتاع، الخامس إثبات العيب، السادس

الحديث

....

960 *- في المطبوع يسقط وما بين المعقوفين من م172.

961 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص441 وم173 ويحيى103 وسيد44.

962 - في المطبوع لذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص441 وم173 ويحيى103 وسيد44.

963 *- في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104 وسيد44.

964 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104 وسيد44.

965 *- في المطبوع القرطبي وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104 وسيد44.

966 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104 وسيد44.

نص خليل ....

متن الحطاب إثبات كون العيب ينقص من الثمن، السابع إثبات قدم العيب وأنه أقدم من أمد المبتاع، الثامن إثبات غيبة البائع، التاسع إثبات بعد الغيبة، وأنه بحيث لا يعلم، فإذا ثبتت هذه الفصول عند الحاكم حلف المبتاع على ثلاثة فصول: أحدها أنه ابتاع بيعا صحيحا. الثاني [أن[967]] يحلف على أن البائع ما تبرأ له من العيب ولا [بينه[968]] له. الثالث أن يحلف أنه ما علم بالعيب ورضيه وله أن يجمع هذه الفصول في يمين واحدة على الاختلاف في ذلك. اهـ. وهذه الفصول التسعة التي ذكر أبو الحسن أنه لا بد من إثباتها كلها مأخوذة من التوضيح منها ما هو صريح فيه ومنها ما هو مفهوم منه، وتؤخذ من كلام المصنف أيضا، وزاد في التوضيح أنه يثبت صحة ملك البائع إلى حين الشراء، وقاله ابن عبد السلام، ونقله في الشامل.

وقال في التوضيح والشامل في إثبات أن الثمن [كذا،[969]] وأنه [نقده[970]] إن أراد أخذه، فمفهوم كلامهما أنه إذا لم يرد المشتري أخذ الثمن لم يحتج إلى إثبات ذلك وهو ظاهر، وذكر في التوضيح عن ابن رشد وغيره أنه قيد إثبات نقد الثمن بما إذا لم تطل المدة طولا يوجب أن يكون القول قول المشتري مع يمينه قال: وذلك العام والعامين على ما ذهب إليه ابن القاسم، والأول والثاني من الفصول التي ذكر أبو الحسن أنه يحلف عليها هما اللذان أشار المصنف إليهما بقوله: "إن أثبت عهدة مؤرخة وصحة الشراء إن لم يحلف عليهما" يعني فإن حلف عليهما لم يحتج إلى إثباتهما، فالحاصل أن القول قوله مع يمينه، فإذا ثبت ذلك بالبينة سقطت عنه اليمين، وأما الفصل الثالث فلا بد من اليمين عليه.

وذكره في التوضيح والشامل، ولفظه في التوضيح: [وأنه[971]] ما اطلع عليه بعد البيع ورضيه ولا استخدم العبد بعد اطلاعه على العيب، وذكر ابن عرفة عن فضل أنه قال لا بد أن يحلف أن البائع ما تبرأ له من هذا العيب؛ لاحتمال كون البراءة بعد العقد الذي حضرته/ البينة، وأشار لذلك في التوضيح. ثم قال ابن عرفة: وعلى قول فضل يزيد في حقه أنه ما أسقط حقه فيه بوجه، وذكره المتيطي كأنه المذهب. والله أعلم. 443

تنبيه: قال في المدونة: ثم يبيعه عليه الإمام ويقضي المبتاع ثمنه الذي نقد بعد أن تقول بينته أنه نقد الثمن، وأنه كذا وكذا دينارا فما فضل حبسه الإمام للغائب عند أمين وإن كان نقص رجع المبتاع على البائع بما بقي له من الثمن. قال ابن عرفة: قال ابن محرز: ومعنى قوله في المدونة في بيع الغرر أنه لم يكن للغائب مال غيره، أو رأى أنه أمثل ما يباع له، وتبعه المازري، وقال ابن عرفة: قلت ما فيها هو نص الرواية وأقوال المتكلمين في المدونة وغيرها وأهل الشورى كابن عتاب وابن القطان وابن مالك وابن سهل وغيرهم، ثم ذكر مسألة من سماع عيسى صرح ابن رشد في شرحها بأن السلطان يبيع بعد إثبات الفصول. ثم قال ابن عرفة: قلت فقد نص ابن رشد على بيعه له دون شرط، وإنما ذكر أهل المذهب اعتبار أولوية ما يباع على الغائب فيما لم يتقدم من المبيع عليه رضا ببيع ما يباع عليه،

الحديث ....

967 *- في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104 وسيد44.

968 - في المطبوع بينة ويحيى104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص442 وم173 وسيد44.

969 - في المطبوع كراء وما بين المعقوفين من ن عدود ص442 وم173 ويحيى104 وسيد44.

970 - في المطبوع نقله وما بين المعقوفين من م173 ويحيى104.

971 - في المطبوع وأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص442 وم173 ويحيى104 وسيد44.

نص خليل وَفَوْتُهُ حِسًّا كَكِتَابَةٍ وَتَدْبِيرٍ.

متن الحطاب وهذا البيع قد رضي المبيع عليه ببيعه فأشبه ذلك توكيله على بيعه. انتهى. وهو ظاهر. فتأمله. وقد ذكر أبو الحسن الصغير نحو ما ذكره ابن عرفة عن ابن محرز.

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي من قام بعيب مبيع في غيبة بائعه والبائع منه حاضر فلا رد عليه لحجته بدعواه أن الغائب رضيه إلا في عدم الغائب؛ لأنه لو رضيه وثمنه لم يف بثمنه لم يقبل رضاه، ولو استحق من الآخر فله القيام على الأول؛ لأنه غريم غريمه. انتهى.

تنبيه: قال أبو الحسن: قوله في المدونة: "فما [فضل[972]] حبسه الإمام للغائب عند أمين" الشيخ: القاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها إلا أن يكون مفقودا أو مولى عليه أو يكون حاضرا يريد أن تبرأ ذمته، ورب الدين [غائب أو حاضر[973]] ملد، وهذا بخلاف من تعدى على مال غائب فأفسده فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويحبسها للغائب، وانظر قوله هنا: حبسه السلطان من أي نوع. انتهى. وذكر نحوه في النكت فيما إذا أقام المشتري بينة أنه ابتاع بيعا فاسدا وفات المبيع وحكم بالقيمة على المشتري، وكان فيها فضل على الثمن الذي أخذه البائع أن السلطان لا يأخذه بل يبقيه في ذمة المشتري؛ لأن السلطان لا يحكم للغائب في أخذ ديونه إلا أن يكون مفقودا أو مولى عليه أو يقول الذي عليه الدين لا أريد بقاءه في ذمتي. والله أعلم.

ص: **وفوته حسا ككتابة وتدبير** ش: قوله: "ككتابة" ليس تمثيلا للفوت الحسي؛ لأن الفوت في ذلك حكمي، وإنما المراد تشبيهه بالفوت [الحسي[974]] في منع الرد بالعيب. قال ابن الحاجب: وإذا فات المبيع حسا فتلف أو حكما بعتق أو استيلاد أو كتابة أو تدبير فاطلع على العيب تعين الأرش. انتهى.

فرع: فإن وهبه المبتاع أو تصدق به تعين الرجوع أيضا بالأرش. قال في المقدمات: إذا خرج المبيع من المشتري بغير عوض، فإن كان مغلوبا عليه من غير اختياره مثل أن يكون عبدا فيموت أو يقتله المشتري خطأ، أو [يغصب[975]] منه وما أشبه ذلك فلا خلاف أن له الرجوع بقيمة العيب، وإن كان ذلك باختياره مثل أن يقتله عمدا أو يهبه أو يتصدق به أو يعتقه أو يكاتبه وما أشبهه فروى زياد أنه لا رجوع له بقيمة العيب. انتهى. وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "فإن تعذر لعقد آخر فإن كان بغير معاوضة فالأرش" أي كالهبة والصدقة وهذا هو المشهور، وروى زياد عن مالك إذا تصدق به أو أعتقه أن ذلك فوت ولا رجوع له بقيمة العيب، ولعله يقول مثل ذلك في الهبة، [وهذا[976]] في غير هبة الثواب، وأما هبة الثواب فكالبيع. قاله في المدونة. وعلى المشهور فقال

الحديث ....

972 - في المطبوع أفضل وما بين المعقوفين من ن عدود ص443 وم173 ويحيى104 وسيد45.

973 - في المطبوع حاضر أو غائب وما بين المعقوفين من ن عدود ص443 ويحيى104 وسيد.

974 - في المطبوع المسمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص443 ويحيى104 وسيد45 وم173.

975 - في المطبوع يقبضه وما بين المعقوفين من ن عدود ص443 ويحيى104 وسيد45 وم173.

976 - في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص443 ويحيى105 وسيد45 وم173.

نص خليل فَيُقَوَّمُ سَالِمًا وَمَعِيبًا وَيُؤْخَذُ مِنَ الثمَنِ النِّسْبَةُ وَوُقِفَ فِي رَهْنِهِ وَإِجَارَتِهِ لِخَلَاصِهِ.

متن الحطاب 444

سحنون وعيسى في العتبية يكون الأرش للمتصدق لا للمتصدق عليه. انتهى. وانظر قول التوضيح ولعله يقول مثل ذلك في الهبة فإن ظاهره يقتضي أن زيادا لم يتكلم على حكم/ الهبة، وكلامه المتقدم ظاهره أو صريحه يقتضي دخول الهبة أيضا في كلام ابن زياد فتأمله.

فرع: قال في التوضيح: واختلف إذا وهبه لابن له صغير فقال ابن حبيب ذلك فوت. وقال ابن الكاتب: ليس بفوت [فله[977]] الاعتصار. انتهى.

قلت: الأظهر أن يقال إن اعتصره فله الرد؛ لأنه رجع لملكه، وإن لم يعتصر فلا رد له.

فرع: قال في المدونة: وإن وهبته من بائعه منك ثم اطلعت على العيب الذي كان به رجعت عليه بحصة العيب من الثمن. انتهى.

فرع: ومن ذلك الحبس قال في نوازل ابن رشد في مسائل الوصايا فيمن أوصى بشراء دار توقف حبسا بمسجد ففعل وصيه بذلك، وزاد من ماله شيئا، وحبس الدار، ثم ظهرت بها [بعد مدة عيوب[978]] قبيحة توجب ردها أن للوصي ردها وليس تحبيسها على هذا الوجه مما يفيت ردها، وإنما يكون التحبيس فوتا إذا اشتراها الرجل لنفسه ثم حبسها.

فرع: والإباق عيب يوجب الرجوع بقيمة المعيب. قاله في التلقين والعمدة .

فرع: ولو أخذ الأرش لمرض العبد عنده أو كاتبه ثم صح أو عجز فات. قاله في الشامل.

ص: **فيقوم سالما ومعيبا** ش: والمعتبر [في[979]] القيمة يوم يدخل المبيع في ضمان المشتري لا يوم القبض كما يؤخذ من قول المصنف: "يوم ضمنه المشتري" وصرح بذلك في التوضيح، وسيأتي لفظه. [قاله[980]] في المدونة، ونصها: ومن اشترى جارية بيعا صحيحا فلم يقبضها إلا بعد شهر أو شهرين وقد حالت الأسواق عند البائع فقبضها [وماتت[981]] عند المشتري ثم اطلع على عيب كان عند البائع فالتقويم في قيمة البيع يوم الصفقة. ثم قال: والبيع الصحيح يلزمه قبضه ومصيبته منه ولو لم يقبضها المبتاع في البيع الصحيح حتى ماتت عند البائع أو حدث بها عنده عيب وقد قبض الثمن أم لا فضمانها من المبتاع وإن كان البائع احتبسها بالثمن كالرهن، هذا إن كانت الجارية مما يتواضع مثلها أو بيعت على القبض.

ص: **ويأخذ من الثمن النسبة** ش: سيأتي إن شاء الله بيان ذلك في قول المصنف: "وقوما [بتقويم[982]] المبيع"

ص: **ووقف في رهنه وإجارته لخلاصه** ش: حكم الرهن والإجارة والبيع الصحيح وهبة الثواب سواء في أنه لا رجوع للمشتري بشيء حتى تعود له السلعة على مذهب ابن القاسم في المدونة. قال في

الحديث ....

---

977 – في المطبوع أفله وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 وم174 ويحيى105 (وفي سيد45 إذ له).

978 – في المطبوع مفسدة عيب وما بين المعقوفين من م173 ويحيى105 وسيد45.

979 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 وم174 ويحيى105 وسيد45.

980 *– في المطبوع قال وما بين المعقوفين من م174 ويحيى105 وسيد45.

981 – في المطبوع وباتت وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 ويحيى105 وسيد45 وم174.

982 – في المطبوع بتقديم وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 وم174 ويحيى105 وسيد45.

نص خليل

وَرُدَّ إن لَّمْ يَتَغَيَّرْ كَعَوْدِهِ لَهُ بِعَيْبٍ أَوْ بِمِلْكٍ مُسْتَأنَفٍ كَبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ إرْثٍ فَإِنْ بَاعَهُ لأَجْنَبيٍّ مُطْلَقًا أَوْ لَهُ بِمِثْلِ ثمَنِهِ أَوْ بِأكْثَرَ إنْ دَلَّسَ فَلاَ رُجُوعَ وَإلاَّ رُدَّ ثمَّ رُدَّ عَلَيْهِ وَلَهُ بِأقَلَّ كَمَّلَ.

متن الحطاب

الأم: والرهن والبيع الصحيح والإجارة إذا أصاب العيب بعد ما رهن أو أجر فلا أراه [مفوتا،[983]] ومتى ما رجعت إليه بافتكاك الرهن وانقضاء الإجارة فأرى له أن يردها إن كانت بحالها، وإن دخلها عيب مفسد ردها وما نقص العيب الذي حدث [بها.[984]] انتهى. وقال في التهذيب: وأما إن باعها أو وهبها للثواب أو رهنها أو أجرها ثم اطلع على العيب فلا يرجع بشئ، فإذا زالت من الإجارة أو الرهن يوما فله ردها بالعيب إن كانت بحالها، وإن دخلها عيب مفسدٌ [رد معها[985]] ما نقصها عنده. انتهى.

وقال أبو الحسن الصغير: قوله باعها بيعا صحيحا أو فاسدا [وفات.[986]] انتهى. ثم قال في المدونة: وإن اشتريت من رجل عبدا ثم بعته فادعيت بعد البيع أن العيب كان بالعبد عند بائعه منك فليس لك خصومة الآن إذ لو ثبت لم أرجعك بشيء عليه، فأما إن رجع إليك العبد بشراء أو هبة أو غير ذلك فلك القيام بالعيب. ثم قال بعده: إنه لو وهبه لك المشتري منك أو تصدق به عليك ثم علم بالعيب لرجع عليك بقيمة العيب من الثمن الذي بعته به منه ثم لك رده على بائعك الأول وأخذ جميع الثمن منه ولا كلام له. قال ابن يونس: ولا يحاسبك ببقية الثمن الذي قبضت من واهبك بعد الذي رددت إليه منه بقيمة العيب لأن ما بقي في يدك إنما وهبه غيره. أبو الحسن: وهذا معنى قوله في المدونة: ولا كلام/ له. 445

تنبيه: انظر إذا علم بالعيب بعد الرهن والإجارة والبيع وقلنا لا يرجع بشيء حتى تعود إليه السلعة فهل يشترط في ذلك أن يشهد الآن أنه ما رضي بذلك، أو لا يحتاج إلى ذلك وله القيام به وإن لم يشهد؟ وظاهر ما تقدم أن له القيام وإن لم يشهد، ويظهر ذلك أيضا مما ذكره ابن يونس وأبوالحسن عن ابن حبيب أنه إنما يكون [له[987]] الرد فيما إذا رجع إليه العبد بشراء أو هبة أو ميراث إذا لم يكن قام عليه ولم يحكم بينهما بشيء، أما لو قام عليه قبل رجوع ذلك من يده فلا رجوع له. قال ابن يونس: قال أبو محمد وهذا بعيد من أصولهم. ابن يونس: يريد أبو محمد أن له أن يرد قام عليه أو لم يقم؛ لأنه إنما منعه من القيام عليه لعلة فارتفع ذلك الحكم بارتفاعها.انتهى بالمعنى. وذكر أيضا أن له رده على بائعه وإن كان اشتراه من مشتريه منه عالما بعيبه؛ لأنه يقول إنما اشتريته لأرده عليه، وأيضا فقد تقدم في كلام ابن عرفة أنه يعذر فيمن عدم القيام بغيبة البائع فهنا أولى. والله أعلم.

ص: **والإخدام كالرهن والإجارة** ش: فإذا أخدم العبد أو الجارية شخص ثم اطلع على عيب لم يرد بالعيب حتى يرجع إليه المبيع. قاله في المنتقى والمقدمات.

ص: **فإن باعه لأجنبي مطلقا** ش: أي فإن باع المشتري الشيء الذي اشتراه لأجنبي ثم اطلع على

الحديث

....

983 – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (فوتا) وهو الذي م174 ويحيى105 وسيد45

984 – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 ويحيى105 وسيد45 .

985 – في المطبوع ردها وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 وم174 ويحيى105 وسيد45.

986 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص444 وم174 ويحيى105 وسيد45.

987 *- في المطبوع إليه وما بين المعقوفين من م174 ويحيى105 وسيد45.

نص خليل وَتَغَيُّرُ الْمَبِيعِ إنْ تَوَسَّطَ فَلَهُ أَخْذُ الْقَدِيمِ وَرَدُّهُ وَدَفْعُ الْحَادِثِ.

متن الحطاب عيب فلا رجوع له على بائعه حينئذ بشيء وليس له مخاصمته حينئذ كما تقدم في لفظ المدونة، وقوله: "مطلقا" أي سواء باعه [للأجنبي[988]] بمثل الثمن الذي اشتراه به أو بأكثر أو بأقل، أما إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر فواضح لأنه لو رده على بائعه لم يرجع إلا بالثمن الذي دفعه، وأما إذا باعه بأقل فلأنه إما أن يكون عالما بالعيب [فبيعه[989]] رضا منه بذلك أو لا يكون عالما [فالنقص[990]] لحوالة الأسواق لا للعيب، وهذا قول ابن القاسم، واختاره ابن المواز قال: إلا أن يكون النقص لأجل العيب مثل أن يبيعه بالعيب وهو يظن أنه حدث عنده، ولم يعلم أنه كان عند بائعه أو باعه وكيل له وظن ذلك فيرجع على بائعه بالأقل مما نقصه الثمن وقيمة العيب. قال في التوضيح: وظاهر كلام ابن يونس [أن[991]] قول محمد تقييد لقول ابن القاسم، وبذلك صرح غيره ولم يذكره ابن الجلاب على أنه تقييد. اهـ كلام التوضيح.

وقال ابن عرفة: جعل عياض وابن رشد قول محمد تفسيرا لقول ابن القاسم، وعزاه عبد الحق لابن القاسم في الموازية لا لمحمد، وقال في الشامل: ولو باعه لأجنبي أو وهبه للثواب بكثمنه فأكثر فلا كلام له وكذا بدونه، وهل مطلقا، أو إلا أن يقبض لأجل العيب ظانا هو أو وكيله أنه حدث عنده فله قيمته؟ خلاف. اهـ. والمراد بالأجنبي في كلام المصنف غير بائعه، يدل على ذلك مقابلته بقوله: "أوله".

تنبيه: قال الشارح في شروحه الثلاثة في شرح هذه المسألة: أي فإن باعه المشتري بعد الاطلاع على العيب من أجنبي الخ وهو سهو ظاهر، وصوابه فإن باعه قبل الاطلاع، وتبعه البساطي على هذا السهو. والله أعلم.

ص: وتغير المبيع إن توسط فله أخذ القديم ورده ودفع الحادث ش: اعلم أن [تغير[992]] المبيع تارة يكون بنقصان، وتارة يكون بزيادة، وتارة يكون بهما، فالنقصان على خمسة أوجه: الأول/ 446 التغير بنقص في القيمة لحوالة الأسواق، ولا يعتبر كما صرح به في أول كتاب العيوب من المدونة. الثاني النقصان بتغير حال المبيع دون بدنه كالزواج والزنا والسرقة، ويأتي الكلام عليه عند قول المصنف: "وتزويج أمة". الثالث التغير بنقصان عين المبيع [وهو[993]] الذي تكلم المصنف فيه وقسمه إلى خفيف ومتوسط ومفيت. الرابع النقصان من غير عين المبيع مثل أن يشتري النخل بثمرتها قبل الإبار أو بعده والعبد بماله فذهب مال العبد بتلف أو ثمرة النخل بجائحة ثم يطلع المشتري على عيب فلا خلاف أن ذلك لا يعتبر، وهو بالخيار بين أن يرد ولا شي عليه أو يتمسك ولا شيء له. صرح بنفي الخلاف في المقدمات، وذكر المسألة في أثناء كتاب العيوب من المدونة، وعزاها الباجي في المنتقى لعيسى بن دينار الخامس النقصان بما أحدثه المبتاع في المبيع ويأتي الكلام عليه عند قول

الحديث ....

---

988 – في المطبوع لأجنبي وم174 وما بين المعقوفين من ن عدود ص445 ويحيى105 وسيد45.
989 – في المطبوع فيبيعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص445 وم174 ويحيى105 وسيد45.
990 – في المطبوع بالنقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص445 وسيد45 (وفي يحيى105 والنقص) (وفي م174 فالنقص).
991 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م174 ويحي105 وسيد45 .
992 – في المطبوع تغيير ويحيى106 وما بين المعقوفين من ن عدود ص445 وم174 وسيد45.
993 – في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص446 وم174 ويحيى106 وسيد45.

نص خليل وَقُوِّمَا بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ يَوْمَ ضَمِنَهُ الْمُشْتَرِي.

متن الحطاب المصنف: "وفرق بين مدلس وغيره إن نقص" ذكر هذه الخمسة الأوجه في المقدمات وذكرها الباجي في المنتقى والرجراجي، وصرح بنفي الخلاف في الوجه الأول فقال: وأما النقصان بحوالة الأسواق فلا عبرة به، وهو مخير بين أن يرد أو يمسك ولا شيء له، ولا أعلم في المذهب نص خلاف أن حوالة الأسواق ليست بفوت في الرد بالعيب في جميع أنواع المبيعات لا بالزيادة ولا بالنقصان ولا يمنع الرد بالعيب المشترى[994] إلا رواية شاذة رواها ابن وهب عن مالك على ما نقله القاضي أبو محمد عبد الوهاب أن حوالة الأسواق فوت في الطعام. اهـ. وأما التغير بالزيادة فسيأتي الكلام عليه عند قول المصنف: "وله إن زاد بكصبغ"، ويأتي الكلام على التغير بزيادة ونقصان عند قول المصنف: "وجبر به الحادث". والله أعلم.

فرع: ولو حدث عند المشتري موضحة أو منقلة أو جائفة ثم برئت على غير شين فلا شيء عليه ولو أخذ لها أرشا ولا يرد ما أخذ إن رد العبد، وأما إن برئت على شين فإن رد العبد رد معه ما شانه. نقله في المنتقى وصاحب الشامل.

ص: **وقوما بتقويم المبيع يوم ضمنه المشتري** ش: هذا نحو قول ابن الحاجب ويقوم القديم والحادث بتقويم المبيع يوم ضمنه المشتري. قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: يعني أنه ينظر في قيمة العيب القديم وفي قيمة العيب الحادث إذا احتيج إلى قيمتهما معا، أو إلى قيمة العيب القديم وحده يوم ضمن المشتري المبيع لا يوم الحكم ولا يوم العقد، ولا يفصل في ذلك فيقال يقوم العيب القديم يوم ضمان المشتري والعيب الحادث يوم الحكم كما يقوله أحمد بن المعدل زاد ابن عبد السلام فقال: وأكثر عباراتهم يقوم يوم البيع، وعدل المصنف إلى يوم ضمنه المشتري؛ لأن المبيع قد يحتاج فيه إلى مواضعة، فإذا قيل يوم البيع لم يشمل هذه الصورة وشبهها. اهـ. وقال ابن عرفة: المازري: فيعتبر وقت ضمان ذات المواضعة والغائب والمحبوسة بالثمن والفاسد اتفاقا واختلافا. اهـ.

تنبيهات: الأول: قال ابن الحاجب بعد كلامه السابق: فإن أمسك قوم صحيحا [وبالعيب[995]] القديم. قال في التوضيح: أي فإن اختار المشتري التمسك بالعيب وأخذ قيمة القديم حيث يكون [له[996]] التخيير فإن المبيع يكفي فيه حينئذ تقويمان؛ يقوم صحيحا ثم معيبا بالقديم، فمهما نقص أخذ نسبة النقص من الثمن. قال الباجي: مثل أن تكون قيمتها سالمة عشرة وبالعيب ثمانية، فيعلم أن العيب خمس الثمن فيرجع المشتري على البائع به، فإن [كان اشتراه[997]] بخمسة عشر رجع عليه بخمسها وذلك ثلاثة. ثم قال ابن الحاجب: وإن رد قوم ثالثا بهما. قال في التوضيح: أي وإن اختار الرد قوم تقويما ثالثا بالعيبين معا القديم والحادث فما نقصته القيمة الثالثة عن القيمة الثانية نسب ذلك من القيمة الأولى، ورد المشتري على البائع تلك النسبة من الثمن، وهكذا قال

الحديث ....

---

994 *- في يحيى106 للمشتري.

995 – في المطبوع أو بالعيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص446 وم175 ويحيى106 وسيد45.

996 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص446 وم175 ويحيى106 وسيد45.

997 – في المطبوع كثير وما بين المعقوفين من ن عدود ص446 وم175 ويحيى106 وسيد45.

نص خليل ....

متن الحطاب 447

الباجي فإنه قال بعد الكلام الذي ذكرناه: فإن أراد الرد فإن القيمتين المتقدمتين لا بد منهما، فإذا تقدما جعلت قيمة/ السلعة بالعيب القديم أصلا ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيبين القديم والحادث فيرد من [ثمن[998]] المعيب بقدر ذلك كما لو قيل في مسألتنا إن قيمتها [بالعيبين[999]] ستة، فعلم أن العيب الحادث عند المشتري نقص من قيمة المبيع بعيبه الربع فيرجع من ثمنه بذلك، وقد علمنا أن الباقي بعد [العيب[1000]] الأول اثنا عشر فيرد مع المعيب ربع ثمنه بالعيب القديم وذلك ثلاثة، وذلك معنى ما ذكره ابن القاسم في المدونة وغيرها. اهـ. وإن شئت قلت يرد خمس الثمن. اهـ كلام التوضيح.

قلت: لا يخفى أن قول المصنف في التوضيح: "فما نقصته القيمة الثالثة عن القيمة الثانية نسب ذلك من القيمة الأولى ورد المشتري على البائع مثل تلك النسبة من الثمن" وإن كان مخالفا لما ذكره عن الباجي في كيفية العمل فإن مؤدى ذلك في المعنى واحد، إلا أن مقتضى كلام المصنف أنا إذا نسبنا القيمة [الثالثة؛[1001]] وهي الستة في المثال المذكور إلى القيمة الثانية؛ وهي الثمانية، وعرفنا أن الفضل بينهما اثنان، فنسبنا الاثنين حينئذ إلى القيمة الأولى التي هي العشرة فتكون خمسا، فتأخذ بمثل تلك النسبة من الثمن كما قال في آخر كلامه، وإن شئت قلت يرد خمس الثمن، وأما على ما قال الباجي [فإن[1002]] عرفنا أن الفضل بين القيمة الثالثة والثانية اثنان نسبنا الاثنين إلى القيمة الثانية فيكون ربعا، فتأخذ ربع [ثمن[1003]] المبيع بعيبه، والطريق إلى معرفة ثمنه بعينه أن تسقط من الثمن الأصلي ما ينوب العيب القديم، فقول الباجي: "فيرد من المعيب بقدر ذلك" يعني المبيع بعينه بين ذلك في آخر كلامه.

الثاني: قال ابن عرفة: وقدر مناب العيب القديم من ثمن المبيع هو الجزء المسمى للخارج من [نسبة فضل[1004]] قيمته سليما على قيمته معيبا يوم ضمان المبتاع من قيمته سليما، ثم ذكر كلام المازري الذي ذكرنا عنه أولا في المواضعة وما معها. ثم قال: وقدر الحادث منه الجزء المسمى للخارج من تسمية فضل قيمته بالقديم على قيمته بهما من قيمته بالقديم فقط. اهـ.

قلت: ما ذكره في مناب العيب القديم ظاهر، وما ذكره في الحادث غير ظاهر؛ لأنه يقتضي أنه إذا نسبنا الفضل بين [القيمتين[1005]] الثالثة والثانية إلى الثالثة كما تقدم في كلام الباجي يأخذ بمثل

الحديث ....

---

[998] – في المطبوع الثمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 وسيد45.

[999] – في المطبوع بالعيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 وسيد45.

[1000] – في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 وسيد45.

[1001] *– في المطبوع الثانية وما بين المعقوفين من م175 ويحيى106 وسيد45.

[1002] *– في المطبوع فإنا وما بين المعقوفين من سيدي46.

[1003] – في المطبوع الثمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 وسيد46.

[1004] – في المطبوع قيمته وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 (وفي سيد46 من تسمية فضل قيمته).

[1005] – في المطبوع القيمة وم175 ويحيى106 وسيد46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص447.

نص خليل وَلَهُ إنْ زَادَ بِكَصِبْغٍ أنْ يَرُدَّ وَيَشْتَرِكَ بِمَا زَادَ يَوْمَ الْبَيْعِ عَلَى الأظْهَرِ وَجُبِرَ بِهِ الْحَادِثُ.

متن الحطاب تلك النسبة من الثمن الأصلي؛ لأن الضمير في قوله: وقدر الحادث منه" يعود إلى الثمن [الأصلي المتقدم[1006]] في قوله: "وقدر مناب القديم من ثمن المبيع" لأنه لم يتقدم غيره، ولم يتقدم لثمن المعيب بعينه ذكر حتى يعود إليه، ويكون موافقا لكلام الباجي. فتأمله. والله أعلم.

الثالث: ظاهر ما تقدم أن المشتري مخير قبل التقويم. قال أبو الحسن: وهو ظاهر المدونة، وفرق بين ذلك وبين ما إذا استحق الأكثر من المقومات فإنه لا يجوز التمسك بالأقل للجهل بما ينوبه بأنه في العيب لما فات عنده بعض المبيع، ووجب أن لا يرد إلا بما نقصه سومح في أن يمسك ويرجع بقيمة العيب القديم، وفي الاستحقاق لا يجب عليه غرم شيء إذا رد. ثم قال: وقال بعض القرويين في مسألة العيب لا يخير حتى يقوم؛ لأنه قد يختار التمسك فيؤدي إلى أن يحبسه بثمن مجهول.

قلت: وقد ذكر هذا في النكت عن بعض شيوخه، وعزاه ابن عرفة لعبد الحق فإنه ذكر المناقضة بين مسألة العيب وبين مسألة الاستحقاق عن ابن محرز، وبحث معه في ذلك. ثم قال: وهذه المناقضة خلاف قول عبد الحق لا يخير إلا بعد معرفة مناب العيب القديم والحادث. اهـ. وما قاله بعض القرويين مخالف لظاهر المدونة وغيرها من نصوص [المذهب.[1007]] والله أعلم.

ص: وله إن زاد بكصبغ أن يرد ويشترك بما زاد يوم البيع على الأظهر وجبر به الحادث ش:

448 قال في المقدمات: الزيادة على خمسة أوجه زيادة لحوالة الأسواق وزيادة في [حال/[1008]] المبيع مثل أن يكون عبدا فيتعلم الصناعات ويتخرج فتزيد قيمته لذلك، وكلاهما لا يعتبر ولا يوجب للمبتاع خيارا. صرح بذلك في كتاب العيوب من المدونة فقال في أوله: ولا يفيت الرد بالعيب حوالة الأسواق. ثم قال: ومن ابتاع عبدا أعجميا فعلمه البيان أو صنعة نفيسة فارتفع ثمنه لذلك أو ابتاع أمة فعلمها الطبخ والغسل ونحوه فارتفع ثمنها لذلك، ثم ظهر على عيب فليس ذلك فوتا، وله أن يجيز أو يرد ولا شيء له. قال ابن يونس: قال بعض فقهائنا القرويين كان يجب في ذلك أن يمسك ويرجع بقيمة العيب لما أخرج في تعليمها [واستشهد[1009]] عليه بمسألة نقل المبيع الآتية، وبما في المدونة فيمن ابتاع عبدا باعه القاضي بعد أن أعتقه ربه لدين سابق ثم أيسر ثم أعسر فاطلع على عيب قديم أن للمبتاع حبسه والرجوع بأرش العيب؛ لأنه إن رده على ربه عتق ليسره الطارئ ولا يجد ثمنا [يأخذه[1010]] [لعسره[1011]] الطارئ بعد اليسر المذكور، وذكر ابن عرفة هذه المسألة، وذكر أن

الحديث

....

[1006] – في المطبوع الضمير في قوله وقدر الحادث منه يعود إلى الثمن الأصلي وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى106 وسيد46.

[1007] – في المطبوع المدونة وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى107 وسيد46.

[1008] – في المطبوع حالة وما بين المعقوفين من ن عدود ص447 وم175 ويحيى107 وسيد46.

[1009] – في المطبوع استشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص448 وم175 ويحيى107 وسيد46.

[1010] *– في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من م175 ويحيى107 وسيد46.

[1011] – في المطبوع بالعسر وما بين المعقوفين من ن عدود ص448 وم175 ويحيى107 وسيد46.

نص خليل ....

متن الحطاب
المازري أجاب بأن [ضر[1012]] عدم الرجوع ناشيء عن الرد وعدم أجر الصنعة ليس كذلك. اهـ. وزيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه كالدابة تسمن والصغير يكبر أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد فاختلف أصحابنا في ذلك، وسيأتي الكلام على ذلك عند قول المصنف: "كعجف دابة وسمنها" وزيادة مضافة للمبيع من غير جنسه مثل أن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالا بهبة أو صدقة أو كسب من تجارة ما لم يكن ذلك من خراجه أو يشتري النخل ولا ثمر فيه فتثمر عنده ثم يجد عيبا فهذا لا اختلاف أن ذلك لا يوجب له خيارا، ويكون مخيرا بين أن يرد العبد وماله والنخل وثمرتها ما لم [تطب،[1013]] ويرجع [بالسقي والعلاج[1014]] على مذهب ابن القاسم، أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعا، وقوله: "ما لم يطب" أي ما لم تزه كما سيأتي في كلام ابن غازي عند قول المصنف: "ولم ترد كشفعة" وزيادة أحدثها المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ والخياطة [والكمد[1015]] وما أشبهه مما لا ينفصل عنه إلا بفساد فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يتمسك ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويكون شريكا. اهـ. ونحوه للباجي في المنتقى وذكر [الرجراجي[1016]] الخمسة أوجه وهذا الوجه الخامس هو الذي تكلم عليه المصنف هنا، وأما الوجهان الأولان فلم يتكلم عليهما، وكذا الرابع.

وأما الثالث فسيأتي الكلام عليه عند قوله: "كعجف دابة وسمنها"، وأما كيفية التقويم فقد تكلم على ذلك ابن غازي، وحاصله أنه إذا حدثت زيادة عند المشتري ولم يحدث عنده عيب فإنه يخير فإن اختار الإمساك فيقوم المبيع تقويمين يقوم سالما ثم معيبا ويأخذ من الثمن بنسبة ذلك، وإن اختار الرد قوم تقويمين أيضا فيقوم بالعيب القديم غير مصبوغ، ثم يقوم مصبوغا فما زادت قيمته مصبوغا على قيمته غير مصبوغ نسب إلى قيمته مصبوغا وكان المشتري شريكا في الثوب بنسبته؛ كما إذا قوم غير مصبوغ بثمانين وقوم مصبوغا بتسعين فينسب العشرة الزائدة إلى تسعين فتكون تسعا، فيكون المشتري شريكا في الثوب بالتسع وتعتبر قيمته مصبوغا وغير مصبوغ يوم البيع عند ابن يونس ويوم الحكم عند ابن رشد.

وأما إذا حدث عند المشتري عيب وزيادة فإن اختار المشتري الإمساك قوم المبيع تقويمين كما تقدم، وإن اختار الرد فقال ابن الحاجب لا بد من أربع تقويمات يقوم سالما، ثم بالعيب القديم، ثم بالحادث ثم بالزيادة. وقال ابن عبد السلام: لا حاجة إلى تقويمه سالما، ولا إلى تقويمه بالعيب الحادث، وإنما يقوم بالعيب القديم، ثم بالزيادة فيشارك في المبيع بقدر الزيادة كما تقدم. ثم قال: نعم يحتاج إلى ثلاث تقويمات إذا [شك[1017]] في

الحديث ....

1012 – في المطبوع ضرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص448 وصوبه الشيخ محمد سالم ب(ضرر)وهي التي في سيد عبد الله46. وم175 ويحيى107

1013 *– في المطبوع يطب وما بين المعقوفين من م175 ويحيى107 وسيد46.

1014 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص448 وم175 ويحيى107 وسيد46.

1015 – في المطبوع واللد وما بين المعقوفين من ن عدود ص448 وم176 ويحيى107 وسيد46.

1016 *– في المطبوع الباجي وما بين المعقوفين من م176 ويحيى107 وسيد46.

1017 – في المطبوع شكا وما بين المعقوفين من ن يحيى107 وم176 وسيد46.

نص خليل وَفُرِقَ بَيْنَ مُدَلِّسٍ وَغَيْرِهِ.

متن الحطاب الزيادة هل جبرت [المعيب[1018]] أم لا؟ فيقوم سالما ثم بالعيب القديم ثم بالزيادة فإن جبرت العيب كان الحكم كما لو لم يحدث عند المشتري عيب، فإن زادت حصلت المشاركة بالزيادة، وإن 449 نقصت الصنعة عن/ قيمة العيب الحادث كان ذلك القدر الناقص كعيب مستقل. والله أعلم. واعترضه المصنف في التوضيح وابن عرفة بأنه لا يعرف هل جبرت الصنعة العيب الحادث إلا بعد معرفة قدر العيب الحادث من الثمن؟ ولا يعرف هذا إلا بعد معرفة قيمته سالما، والحق أنه إن شك في الزيادة هل جبرت الحادث أم لا؟ فلا بد من أربع تقويمات كما قال ابن الحاجب، وذلك إذا لم تزد قيمته بالزيادة قدر قيمته بالعيب القديم، وقول ابن عبد السلام: "يكفي ثلاث تقويمات" غير ظاهر كما يدل عليه آخر كلامه حيث قال: وإن نقصت الصنعة عن قيمة العيب الحادث فتأمله، وإن تحقق أن الزيادة جبرت الحادث كما لو زادت قيمته بالزيادة على قيمته بالعيب القديم فلا يحتاج إلى تقويمين كما لو لم يحدث عند المشتري عيب فتأمله منصفا. والله أعلم. وبهذا علمت معنى قول المصنف: "ويجبر به الحادث".

ص: **وفرق بين مدلس وغيره** ش: ذكر رحمه الله من المسائل التي يفترق فيها الحكم بين المدلس وغيره ست مسائل.

قلت: ويفترق المدلس من غيره في مسألتين أيضا. الأولى: أن المدلس يؤدب، وغيره لا أدب عليه. قال في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب العيوب: قال مالك من باع عبدا أو وليدة وبه عيب غر به أو دلسه أنه يعاقب البائع ويرد عليه. قال ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الواجب على من غش أخاه المسلم أو غره أو دلس له بعيب أن يؤدب على ذلك مع الحكم عليه بالرد لأنهما حقان مختلفان أحدهما لله ليتناهى الناس عن حرمات الله والآخر للمدلس عليه بالعيب فلا يتداخلان. الثانية: قال في اللباب: من الأحكام التي يفترق فيها المدلس من غيره حكم ما يأخذه المكاس؛ مثل أن يشتري حمارا فيؤدي عليه مكسا ثم يحدث به عيب فيريد الرجوع به على البائع، ولم يحضرني الآن في المسألة نقل، والذي يوجبه النظر أن البائع إن كان مدلسا فيرجع به عليه وإلا فلا.

وقد أشار ابن يونس إلى الخلاف في المبتاع يؤدي مكسا على المبيع ثم يؤخذ بالشفعة هل يلزم المبتاع دفع ذلك أم لا؟ وأجرى ذلك بعضهم على مسألة من اشترى شيئا من يد لص هل يأخذه ربه بلا ثمن، أو حتى يدفع للمشتري ما دفع؟ [و[1019]]يمكن أن يقال إنه ظلم فيكون [ممن أخذ[1020]] منه. انتهى. وقوله في مسألة الشفعة هل يلزم المبتاع؟ صوابه هل يلزم الشفيع؟ وقد قال المصنف في باب الشفعة: "وفي المكس تردد" وقال في باب الجهاد في مسألة المشتري من اللص: "والأحسن في المفدي من لص أخذه بالفداء"، وقال ابن عرفة إثر كلامه السابق في مسألة تعليم العبد الصنعة: قال المازري: قال بعض الأشياخ غرم قبالة السلطان على شراء ما يشتري يوجب رجوع

الحديث ....

[1018] – في المطبوع العيب وم176 ويحيى107 وسيد46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص448.

[1019] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص449 وم176 ويحيى108 وسيد46.

[1020] – في المطبوع مما أخذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص449 وم176 ويحيى108 وسيد46.

نص خليل إن نَقَصَ.

متن الحطاب المشتري بالأرش، وخرجه بعضهم على غرم أجر الصنعة. انتهى. فهذا يقتضي أن الغرم للسلطان يفيت الرد بالعيب ويتعين معه الرجوع بالأرش، والذي يظهر من كلام ابن رشد أنه إذا رد بالعيب يرجع بما غرمه للسلطان إذا كان مدلسا [ولا[1021]] يرجع [به[1022]] إذا لم يكن مدلسا. فتأمله.

تنبيه: قال في المقدمات: البائع محمول على عدم التدليس حتى يثبت ذلك عليه أو يقر به على نفسه؟ انتهى. وقاله في المدونة، وإن ادعى يعني المشتري أن البائع دلس له فأنكره حلفه ولو قال البائع علمت العيب ونسيته حين البيع حلف له أنه نسيه. انتهى. وقال في المقدمات: فإن أنكر أن يكون علم أو ادعى أنه نسي حلف على ذلك، فإن حلف خير المبتاع عند ابن القاسم، وحكى ابن المواز عن مالك أنه لا يحلف إلا بعد أن يخير المبتاع فيختار الرد إذ لا معنى ليمينه إذا اختار الإمساك والرجوع بقيمة العيب. انتهى. وحكى القولين في المنتقى، وقال إن قول ابن القاسم أحرى على أصل ابن المواز الآتي في إسقاط حكم التخيير مع التدليس، وقول ابن المواز على قول ابن القاسم في إثبات التخيير [مع التدليس.[1023]]

450 **فرع:** فإن نكل البائع عن اليمين ثبت له حكم التدليس. نقله في التوضيح/ عن المتيطية في شرح قول ابن الحاجب: وعليهما رد [السمسار.[1024]]

ص: **إن نقص** ش: قال الشارح: الأولى من المسائل التي يفترق فيها حكم المدلس من غيره إذا فعل المبتاع في المبيع فعلا فنقص بسببه فمع التدليس لا شيء على [المبتاع،[1025]] وإلا فهو عيب حادث عنده؛ إما أن يرد ويعطي أرش الحادث، أو يتماسك ويأخذ أرش القديم. انتهى.

قلت: عموم كلام الشارح رحمه الله في قوله: إذا فعل في المبيع فعلا غير صواب فإنه يقتضي أن كل فعل فعله المبتاع في المبيع لا شيء عليه [فيه[1026]] إذا كان البائع مدلسا، سواء كان مما جرت العادة أن يحدث فيه مثل أن يشتري الثوب فيصبغه أو يقطعه فينقص من ثمنه، فإن هذا فوت باتفاق والمشتري مخير بين أن يمسك أو يرجع بقيمة العيب أو يرده ويرد ما نقصه ذلك عنده إلا أن يكون مدلسا فلا يكون عليه للنقصان شيء يرده من أجله، واختلف إذا أراد أن يمسك هل له أن يرجع بقيمة العيب أم لا؟ على قولين أحدهما قول ابن القاسم أن ذلك له، والثاني قول أصبغ وابن المواز ذلك ليس له فيما كان نقصه بغير صناعة كالقطع، وإنما يكون له ذلك فيما [كان[1027]] نقصه بصناعة كالصبغ وشبهه، ولكلا القولين وجه من النظر. [انتهى.[1028]] [ونقله[1029]] الرجراجي

الحديث ....

[1021] - في المطبوع ولأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص449 وم176 ويحيى108 وسيد46.

[1022] *- في المطبوع بما وما بين المعقوفين من م176 ويحيى108 وسيد46.

[1023] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص449 وم176 ويحيى108 وسيد46.

[1024] *- في م176 ويحيى108 وسيد46 رد السمسار الجعل.

[1025] - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص450 وم176 ويحيى108 (وفي سيد46 للبائع).

[1026] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص450 وم176 ويحيى108 وسيد46.

[1027] - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص450 وم176 وسيد46.

[1028] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص450 وم176 ويحيى108 وسيد46.

نص خليل ....

متن الحطاب وغيره، وقال في كتاب التدليس بالعيوب من المدونة: وكل ما [حدث[1030]] بالرقيق والحيوان والدور عند المبتاع من عيب مفسد فلا يرده إن وجد به عيبا إلا بما نقصه عنده دلس البائع بالعيب أم لا، بخلاف الثياب تقطع وتصبغ وتقصر؛ إذ لهذا تشترى فيفترق فيها التدليس من غيره ويصير المدلس كالآذن في ذلك فلا شيء له في الرد مما نقصها إلا أن يفعل في الثياب ما لا يفعل في مثلها، أو يحدث فيها عيب مفسد من غير التقطيع فلا يردها إلا بما نقصها، فإن قطع الثياب قمصا أو سراويلات أو أقبية ثم ظهر على عيب لم يعلم به البائع فالمبتاع مخير في حبسه والرجوع بقيمة العيب أو رده وما نقصه القطع، فإن دلس البائع فلا شيء على المبتاع لما نقص القطع إن رده. قال ابن يونس:
قال ابن المواز: ولا يكون له هنا أن يحبسه ويأخذ من البائع قيمة العيب القديم لأنه صار له أن يرد بلا غرم لما نقصه ولا لشيء دخل له فيه من صبغ أو خياطة، فلما كان كذلك صار كمن لم يحدث به عنده عيب فله أن يرد أو يحبس بلا شيء. ثم قال في المدونة: وكذلك الجلود تقطع خفافا أو نعالا وسائر السلع إذا عمل بها ما يعمل بمثلها مما ليس بفساد، فإذا فعل في ذلك ما لا يفعل في مثله كقطع الثوب [الوشي[1031]] خرقا وقباءين فليس له رده وذلك فوت ويرجع على البائع بقيمة العيب من الثمن، وأما إن لبس الثوب لبسا ينقصه لم يرده إلا بما نقصه اللبس في التدليس وغيره؛ لأنه انتفع أو يحبسه ويرجع على البائع بقيمة العيب، ولا يرد للبس الخفيف شيئا إذا لم ينقصه، وإن صبغه صبغا ينقصه أو قطعه والبائع مدلس فللمبتاع الرد بلا غرم، أو التماسك والرجوع بقيمة العيب. ابن يونس: لعله يريد أنه قطعه قطعا أدى عليه أجرة لصنعة فيه فيكون له التماسك والرجوع بقيمة العيب كما قال في الصبغ، وأما إن لم يكن لقطعه قيمة فكان يجب أنه إذا تماسك لا يرجع بشيء لأنه كان له أن يرد بلا غرم. كذلك قال ابن المواز، وهو الصواب إن شاء الله.
وقال بعض شيوخنا: قول مالك أولى؛ لأن التقطيع يوجب له التخيير في غير التدليس فلا يكون المدلس أحسن حالا ممن لم يدلس فهما في الحكم سواء، إلا أنه لا يلزمه [ما نقصه[1032]] القطع في التدليس، ثم رجح ابن يونس كلام ابن المواز، وما ذكره عن ابن المواز هنا وفوقه هو الخلاف الذي ذكره ابن رشد في المقدمات، ويظهر من كلام ابن يونس أولا أنه جعل قول ابن المواز تقييدا، ويفهم من آخر كلامه أنه جعله خلافا، وأنه رجح قول ابن المواز، والذي يفهم من كلام المصنف أنه خلاف، وأنه ماش على قول مالك الذي رجحه ابن يونس؛ لأنه الذي يفهم من كلام المدونة السابق، 451 وممن حمله على الخلاف صاحب المنتقى في كتاب الأقضية، ثم قال في/ المدونة: وإن لم يدلس البائع في الثياب فردها بعيب وقد حدث بها عيب عند المبتاع، وإن لم يفسدها رد معها ما نقصها. انتهى.
وقد صرح الباجي في كتاب الأقضية بأن القطع غير المعتاد يفيت الرد ويوجب الرجوع بالقيمة على المدلس وغيره، وعزاه للمدونة، وهو مفهوم من كلام المدونة المتقدم ومن كلام المصنف.

الحديث ....

[1029] *- في المطبوع ونقل وما بين المعقوفين م176 ويحيى1087 وسيد46.
[1030] *- في المطبوع أحدث وما بين المعقوفين من م176 ويحيى108 وسيد460.
[1031] - في المطبوع الرشى وما بين المعقوفين من م176 وسيد46.
[1032] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص450 وم177 ويحيى108 وسيد46.

نص خليل كَهَلاَكِهِ مِنَ التَّدْلِيسِ وَأَخْذِهِ مِنْهُ بِأَكْثَرَ وَتَبَرٍّ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ وَرَدِّ سِمْسَارٍ جُعْلاً.

متن الحطاب **تنبيهان: الأول**: إذا علمت هذا فعد المصنف القطع المعتاد في العيب الخفيف الذي لا يرجع [له[1033]] بشيء غير ظاهر؛ لأن ذلك إنما هو في حق المدلس، وأما غير المدلس فالقطع المعتاد في حقه من المتوسط الذي يوجب له الخيار في التمسك والرجوع بقيمة العيب القديم والرد مع ما نقصه القطع المعتاد كما تقدم ذلك في كلام المدونة والمقدمات [وغيرهما.[1034]] والله أعلم.

الثاني: قال ابن عرفة: انظر لو عمل [به[1035]] ما لم يعمل ببلد البائع وهو يعمل به في غيره، والأظهر إن كان المبتاع غريبا أو ممن يتجر بما يسافر به أنه كمعتاد.انتهى. والله أعلم.

ص: **كهلاكه من التدليس** ش: قال الشارح: المسألة الثالثة أن يحصل بسبب العيب هلاك أو عطب كما إذا كان العبد سارقا فسرق فقطعت يده ونحوه فمع التدليس يكون الضمان من البائع وإلا فمن المشتري.انتهى. وسيأتي عند قول المصنف: "إلا أن يهلك بعيب التدليس" كلام المدونة الذي في كتاب التدليس بالعيوب وكلام غيره في ذلك. والله أعلم.

ص: **وتبرأ[1036] مما لم يعلم** ش: لو قال [وتبر[1037]] وأسقط قوله مما لم يعلم لكان أبين؛ لأن التبري المطلق هو الذي يفترق فيه المدلس وغيره، فالمدلس لا يفيده البراءة لعلمه بالعيب وغير المدلس يفيده لعدم علمه بالعيب، وأما إذا تبرأ مما لم يعلمه فلا يتصور فيه التدليس.

فرع: قال في البيان: إذا شرط على البائع إن أبق فهو منه فأبق. قال ابن القاسم: هو من المبتاع؛ لأنه غره كما [لو[1038]] اشترط عليه إن مات فهو منه كان العبد عرف بعيب الإباق أم لا. انتهى.

ص: **ورد سمسار جعلا** ش: أي ومما يفرق فيه بين المدلس وغيره رد السمسار الجعل فإن كان البائع مدلسا فلا يرد عليه السمسار الجعل وإن كان البائع غير مدلس رد السمسار الجعل. قال في أواخر كتاب التدليس بالعيوب من المدونة: وإذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل على البائع فقال ابن يونس: قال أبو بكر بن اللباد: معناه إذا لم يدلس يعني البائع، وأما إن دلس فالجعل للأجير ولا يؤخذ منه، وذكر هذا التقييد عن ابن اللباد أبو الحسن وابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وابن عرفة وغيرهم وقبلوه، وذكره في المقدمات على أنه المذهب، ولذلك اعتمده المصنف هنا. قال في مختصر المتيطية: للسمسار أن يحلف البائع أنه لم يدلس.

تنبيهات: الأول: قيد القابسي كلام ابن اللباد فقال هذا إذا لم يعلم السمسار بالعيب وإن علم فهو مدلس أيضا إن رد المبيع فلا جعل له وإن لم يرد فله جعل مثله. قال ابن يونس: والذي أرى أن يكون له ما [سمى له[1039]] من الجعل كما يكون للبائع المدلس الثمن لا القيمة إلا أن يتعامل رب السلعة والسمسار على التدليس فيكون له حينئذ أجر مثله؛ لأن رب السعة قال له دلس بالعيب فإن تم

الحديث ....

1033 – في المطبوع إليه وما بين المعقوفين من يحيى108 وسيد46.

1034 *– في المطبوع وغيرها وما بين المعقوفين من م176 ويحيى108 وسيد46.

1035 – في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 ويحيى108 وسيد46 وم177.

1036 *– وتبر سيد47.

1037 – في المطبوع وتبرأ وم177 ويحيى109 وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 وسيد47.

1038 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 وم177 ويحيى109 وسيد47.

1039 – في المطبوع سماه وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 وم177 وسيد47 (وفي يحيى109 سما).

نص خليل ....

متن الحطاب البيع فلك كذا، وإن رد فلا شيء لك فهو غرر. قال ابن عرفة: قلت: يرد بأن هذا شأن الجعل أنه لا يثبت إلا بتمام العمل، إلا أن يقال هذا الغرر عارض عن شيء تسبب فيه بخلاف الغرر الناشيء عن نفس تمام العمل، وكأن المصنف لم يرض هذا التقييد، وقال في الشامل: فإن دلس لم يرد السمسار الجعل وزيد إن جهل التدليس، وإلا فله أجر مثله، وقيل إن تعامل معه على ذلك، وإلا فله جعله.

الثاني: قال ابن يونس: قال ابن سحنون وإنما يرد السمسار الجعل إذا ردت السلعة بعيب وحكم القاضي بردها، وأما إن قبلها البائع [متبرعا[1040]] لم يرجع بالجعل كالإقالة، ونقله أبو الحسن وابن عبد السلام والمصنف وابن عرفة وصاحب الشامل وقبلوه، وذكره المتيطي على أنه المذهب

452 فقال:/ وإذا تفاسخ المتبايعان بغير حكم لم يرد السمسار الجعل كالإقالة. زاد أبو الحسن وللبائع أن يخاصم حتى يثبت العيب فيرجع بالسمسرة على السمسار. اهـ.

الثالث: قال ابن يونس: قال ابن سحنون: ولو استحق المبيع فرجع المشتري بالثمن رجع بأجر السمسرة.

قلت: ينبغي أن يقيد هذا بأن لا يكون البائع عالما بأن المبيع ليس ملكا له فتأمله.

الرابع: قال ابن يونس: ولو فات المبيع بيد المشتري ثم ظهر على عيب فرجع بقيمته بالقضية؛ يعني بالقضاء رجع أيضا على السمسار بما ينوب ما رد البائع من قيمة العيب إن كان الذي ينوب العيب عشر الثمن أو ربعه رجع بذلك الجزء من السمسرة، وإن رد ذلك بطوعه لم يرجع بشيء. اهـ.

قلت: وهذا إذا كان البائع غير مدلس. ثم قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وإن حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب قديم فإن أمسك ورجع بقيمة العيب فكما تقدم، وإن رد السلعة وما نقصها فيرد السمسار الجعل إلا قدر ما نقصها العيب؛ لأن ذلك كجزء احتبسه وتم البيع فيه، ونقل ابن عرفة وصاحب الشامل [جميع[1041]] ذلك [وقبلاه.[1042]]

الخامس: هذا إذا دفع البائع الجعل للسمسار، وأما إذا دفعه المشتري له بشرط أو عرف ثم رد المبيع بعيب فلم أر فيه نصا، ولا إشكال في الرجوع عليه بذلك، وإنما النظر هل يرجع عليه المشتري به أو لا؟ وليس له مطالبة البائع به، وإنما يطالب المشتري به البائع ثم يرجع البائع به إن لم يكن مدلسا على السمسار، وهذا هو الظاهر لأنه جزء الثمن، وهذا فيما هو جعل على المبيع، وأما ما أعطاه المشتري للسمسار حلاوة على تحصيل الشيء المبيع أو على إتمام البيع فيه فهذا لا يرجع فيه على البائع، والظاهر أنه إن كان السمسار يعلم في المبيع عيبا ويكتمه رجع عليه بذلك، وإلا لم يرجع عليه فتأمله، ولم أقف على نص في ذلك. والله أعلم.

الحديث ....

[1040] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 وم177 ويحيى109 وسيد47.

[1041] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص452 وم177 ويحيى109 وسيد47.

[1042] – في المطبوع وقبلوه وما بين المعقوفين من ن عدود ص452 وم177 ويحيى109 وسيد47.

نص خليل وَمَبِيعٍ لِمَحَلِّهِ إنْ رُدَّ بِعَيْبٍ.

متن الحطاب [**السادس**:[1043]] انظر هل الجعل على البائع أو على [المشتري؟. قال[1044]] ابن عرفة إثر كلام المدونة المتقدم: أخذ منها كون الجعل عند عدم الشرط أو العرف على البائع. والله أعلم. وتكلم ابن الحاجب وشارحوه وابن عرفة وصاحب الشامل هنا على عهدة ما باعه السمسار أو الوكيل وما يتعلق بذلك، وتكلم المصنف على بعض ذلك في الوكالة فنؤخر الكلام على ذلك إلى هناك. والله أعلم.

ص: **ومبيع لمحله** ش: قال الشارح: المسألة السادسة إذا اشترى شيئا يحتاج إلى حمل كالأدنان والخشب فحمله إلى غير محل القبض فمع التدليس يلزم البائع أخذه في ذلك الموضع، ولا يلزم المبتاع رده لموضع القبض، وقيل يلزمه. اللخمي: والأول أصوب. اهـ. وظاهر كلام المصنف والشارح أن المدلس يلزمه أخذ المبيع في المحل الذي هو فيه ولو نقله إلى بلد غير بلد العقد، وكلام اللخمي يدل على أن المراد نقله من دار البائع إلى داره، لا أنه أخرجها من البلد إلا إذا كان البائع عالما بأن المشتري ينقله وسيسافر به.

قال اللخمي: اختلف إذا نقل المبيع ثم وجد به عيبا فقال ابن سحنون فيمن اشترى خشبا أو مطاحن فوجد [بها[1045]] عيبا دلس به البائع بعد أن بان بها: تنازع أصحابنا فيها فقال قائلون على المشتري ردها والكراء على ردها، وقال آخرون ذلك على البائع؛ لأن ذلك غرر، ولو علم المشتري ما نقلها وهو أحسن، وأرى عليه أن يغرم للمشتري ما كان نقلها به حين قبضها أي إن أوصلها إلى داره. هـ. ثم قال في آخر الفصل لما تكلم على نقل السلعة إلى بلد غير بلد البائع: وإن كان البائع مدلسا وعالما أن المشتري ينقله ويسافر به كان للمشتري أن يجبره على قبوله في الموضع الذي نقل إليه، ولا يراعى حمل ولا خوف طريق. اهـ. فيفهم منه إذا لم يكن عالما بأن المشتري ينقله لا يلزمه ذلك، وصرح بذلك في البيان فقال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب العيوب: ليس على من وجد عيبا بدابة اشتراها في غير البلد الذي اشتراها فيه أن يردها إلى البلد الذي فيه صاحبها

453 إلا/ أن لا يجد السبيل إلى ردها عليه حيث هي، لعدم بينة أو حكم والسلعة بخلاف ذلك لما لزمه من الكراء عليها في حملها من بلد إلى بلد.

روى أبو قرة عن مالك أنه إن دعاه صاحبها إلى ردها كان بالخيار بين أن يردها أو يأخذ قيمة العيب، وكذلك من اشترى سلعة ثقيلة لا بد من الكراء عليها فلما حملها من دار البائع أو من الموضع الذي اشتريت به للبيع إلى داره وجد بها عيبا كان مخيرا بين أن يردها إلى الموضع الذي اشتراها فيه، أو يمسكها ويرجع بالعيب، إلا أن يرضى البائع أن يأخذها حيث هي ويرد إليه ما غرم في حملها فلا يكون للمبتاع أن يمسكها ويرجع بقيمة العيب، وإن كان البائع دلس بالعيب لزمه أن يأخذها من دار المبتاع ويرد إليه ما غرم على حملها؛ لأنه غره في ذلك، وسواء في حمل السلعة من بلد إلى بلد دلس له بالعيب أو لم يدلس، والفرق بين الموضعين أن الذي يشتري الخابية ونحوها إنما يشتريها يحملها إلى داره قد علم ذلك البائع، فوجب أن يفرق في ذلك بين التدليس وغيره كالذي يشتري الثوب فيقطعه قطع مثله ثم يجد

الحديث ....

[1043] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص452 وم177 ويحيى109 وسيد47.

[1044] - في المطبوع السادس وما بين المعقوفين من ن عدود ص452 وم177 ويحيى109 وسيد47.

[1045] *- في المطبوع به وما بين المعقوفين من م177 ويحيى109 وسيد47.

نص خليل وَإِلاَّ رُدَّ إنْ قَرُبَ وَإِلاَّ فَاتَ.

متن الحطاب عيبا وقد نقصه القطع. اهـ. فلم يفرق بين المدلس وغيره إلا في نقل السلعة في البلد، وينبغي أن يقيد كلام ابن رشد بما إذا لم يكن البائع عالما بأن المشتري ينقله كما تقدم في كلام اللخمي، وفي كلامه إشارة إليه فيتفق النقلان، وينبغي أن يقيد كلام المصنف بذلك. والله أعلم. نعم كلام المتيطي الذي نقله المصنف في التوضيح مطلق، وإن كان يتلمح منه أيضا أن ذلك بالبلد، فانظره على نحو كلام ابن يونس في أول كتاب العيوب، وانظر كلام ابن بطال أيضا فإنه مخالف لكلام اللخمي.

ص: وإلا رد إن قرب وإلا فات ش: هذا نحو ما نقل في التوضيح عن المتيطي أنه قال: وإن كان البائع غير مدلس، فإن حمل المبيع إلى موضع قريب لزمه رده إلى حيث أخذه وإن نقله إلى موضع بعيد كان فوتا يوجب له الرجوع بقيمة العيب بعد ثبوته. اهـ. وقد تقدم في كلام ابن رشد أنه لا يلزمه رد السلعة مع القرب ونحوه لابن يونس. قال في أوائل كتاب العيوب: قال بعض القرويين: ولو كانت سلعة فأدى في حملها ثمنا ثم وجد عيبا لكان مخيرا بين أن يرد أو يمسك ويرجع بقيمة العيب ويصير ذلك كعيب حدث عنده قال: ولو اشتراها فحملها ثم ظهر أن البائع مدلس فليس على المشتري أن يردها إلى الموضع الذي اشتراها فيه لتدليسه عليه، وقيل ذلك عليه كالإقالة. اهـ. فلم يفرق بين القرب وغيره، وكذلك كلام اللخمي فإنه نقل في ذلك قولين.

قال إثر كلامه السابق: ويختلف أيضا إن لم يدلس. قال ابن حبيب: من نقل إلى بلد ما في [رده[1046]] لبلد البائع غرم كثير يرفع إلى سلطان ذلك البلد فيسمع بينته على شراء الإسلام وعهدته يريد في الجارية فيأمر ببيع ذلك على بائعه وله فضله وعليه نقصه، وعلى هذا إن نقلت في البلد قبضها حيث نقلت وإن لم يدلس، وعلى ما ذكره ابن سحنون يكون نقله إلى البلد الآخر فوتا ويلزم المشتري قيمة العيب، ولا يلزم البائع قبوله في البلد الآخر وهو أحسن، إلا أن يكون المبيع عبدا

454 أو دابة لا يتكلف في رجوعه/ كراء والطريق مأمونة فلا يكون نقله فوتا، ويختلف إذا وجد البائع في البلد الذي نقل إليه ما له حمل ورضي البائع بقبضه فعلى قول ابن حبيب ذلك للبائع.

وروى أبو قرة عن مالك أنه قال المشتري بالخيار إن شاء رد، وإن شاء وضع عنه قدر العيب وهو أحسن، وقد اختلف في الغاصب ينقل ما له حمل هل يكون له مقال لأجل الحمل فالمشتري أحرى أن يكون له ذلك فلا يلزم تسليم ماله حمل بالبلد الذي نقل إليه بإجماع منهما؛ لأن للمشتري مقالا لما غرم في نقله، وللبائع مقال لما يغرم في رده، وإن كان لا حمل له كان المقال للبائع إذا كان الطريق غير مأمون فإن كان آمنا فلا مقال لواحد منهما. ثم ذكر كلامه المتقدم في مسألة التدليس. ثم قال: وإن كان المبيع مما يكال أو يوزن كان للمشتري أن يحبس هذا ويغرم المثل معيبا في البلد الذي اشتراه به وله أن يسلمه هنا، ويجبر البائع على قبوله إن كان مدلسا، وليس ذلك له إن لم يكن مدلسا. اهـ. واقتصر ابن بطال في مقنعه على قول ابن حبيب الذي نقله اللخمي، ونقل ابن عرفة كلام اللخمي مختصرا، واقتصر عليه.

الحديث ....

[1046] - في المطبوع نقله وما بين المعقوفين من ن عدود ص453 وم178 ويحيى110 وسيد47.

نص خليل كَعَجَفِ دَابَّةٍ وَسِمَنِهَا وَعَمًى وَشَلَلٍ وَتَزْوِيجِ أَمَةٍ.

متن الحطاب ص: **كعجف دابة أو سمنها** ش: أما عجف الدابة فالمشهور أنه من المتوسط الموجب للخيار، وقال ابن [مسلمة[1047]] إنه من المفيت الذي يوجب الرجوع بالقيمة ويمنع الرد. نقله ابن شاس وابن الحاجب وابن عرفة وغيرهم، وقال ابن رشد في شرح المسألة الخامسة من رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب العيوب: لم يختلفوا في هزال الدواب أنه فوت يكون به المبتاع مخيرا بين أن يمسك أو يرجع بقيمة العيب، وبين أن يرده ويرد ما نقصه الهزال. اهـ. والفوت في كلام المدونة وغيرها يطلقونه على المتوسط الموجب للخيار، فتحصل في هزال الدواب طريقان لابن رشد وغيره، وأما سمن الدابة فقال ابن رشد في شرح المسألة المتقدمة: اختلف قول مالك في سمن الدواب فمرة رآه فوتا يكون المبتاع فيه مخيرا بين أن يرد أو يمسك ويرجع بقيمة العيب ومرة لم يره فوتا، وقال ليس له إلا الرد. اهـ. ونحوه في المقدمات، وزاد فيها قولا ثالثا أنه فوت خرجه على الكبر، ونقله ابن عرفة، ونصه: ابن رشد في لغو السمن وكونه من الثالث أو الثاني ثلاثة لابن القاسم وابن حبيب والتخريج على الكبر.اهـ . والثالث في كلامه هو/ المتوسط والثاني هو المعيب. 455

تنبيهات: الأول: جمع المصنف بين السمن والهزال قد يتبادر إلى الذهن أن السمن عيب إذا رد الدابة رد معها لذلك شيئا، وليس كذلك كما تقدم في لفظ البيان، وكذا لفظ المقدمات. قال الباجي لما تكلم على الزيادة في البدن بالسمن قال: وما ثبت به الخيار من الزيادة فإنه يخير بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ولا شيء له من الزيادة.

الثاني: مفهوم قول المصنف: "دابة" أن هزال الرقيق وسمنه ليس بفوت وهو كذلك، قال ابن رشد في شرح المسألة المذكورة: وأما [هزال الذكور[1048]] من الرقيق وسمنهم فلا اختلاف في أن ذلك ليس بفوت، [ورأى ابن حبيب ذلك فوتا،[1049]] وأما سمن الجواري منهن وعجفهن فلم يختلف قول مالك وابن القاسم أن ذلك ليس بفوت، ورأى ابن حبيب ذلك فوتا يكون بذلك المبتاع مخيرا بين أن يرد أو يمسك ويأخذ قيمة العيب. اهـ .

الثالث: قال ابن عرفة: صلاح البدن بغير السمن لغو. اهـ.

ص: **وتزويج أمة** ش: هذا مذهب المدونة، ولا مفهوم لقوله: "أمة" بل العبد كذلك. قال في المقدمات: وأما النقصان بتغير حال المبيع [كتزويج[1050]] الأمة أو العبد والزنا والسرقة والشرب [وشبهه[1051]] مما تنقص [به[1052]] قيمته فاختلف في ذلك فقال في المدونة إن تزويج الأمة نقصان ولا يردها إلا وما نقصها النكاح -معناه- أو يمسك ويرجع بقيمة العيب،وقال ابن حبيب: ما أحدث

الحديث ....

1047 *- في المطبوع سلمة وما بين المعقوفين من يحيى110 وسيد47.

1048 *- في المطبوع الهزال المذكور وما بين المعقوفين من يحيى110 وسيد47 والبيان والتحصيل ج8 ص311.

1049 *- ما بين المعقوفين لم يرد في يحيى110 ولا في م178 ولا في سيد47 ولا في البيان والتحصيل ج8 ص111 وأقره الشيخ محمد سالم.

1050 *- في المطبوع لتزويج وما بين المعقوفين من م178 ويحيى110 وسيد47.

1051 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى111 وسيد 47(وفي م178 ونحوه).

1052 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص455 وم178 ويحيى110 وسيد47.

نص خليل وَجُبِرَ بِالْوَلَدِ إِلاَّ أَنْ يَقْبَلَهُ بِالْحَادِثِ أَوْ يَقِلَّ فَكَالْعَدَمِ كَوَعْكٍ وَرَمَدٍ وَصُدَاعٍ وَذَهَابِ ظُفُرٍ وَخَفِيفِ حُمَّى وَوَطْءِ ثَيِّبٍ.

متن الحطاب العبد من زنا أو شرب أو سرقة فليس نقصا، وقد يفرق بين الوجهين أن التزويج عيب يعلم حدوثه بعد الشراء بخلاف الزنا والشرب والسرقة لا يدرى لعله كامن فيه قبل الشراء. اهـ مختصرا. وقال الرجراجي: وأما النقصان بتغير حال المبيع مثل أن يشتري الأمة فيزوجها أو العبد فيزوجه أو يزني أو يسرق وشبهه مما تنقص به قيمته فلا خلاف في المذهب أن التزويج عيب في الرقيق مع بقاء الزوجة، ثم ذكر الخلاف المتقدم في زواله بالموت والفراق. ثم قال: فإذا ثبت أن التزويج عيب إما مع بقاء الزوجة على الاتفاق، وإما بعد انصرافها على الخلاف فإن ذلك فوت، ويخير المشتري بين أن يرد المبيع مع ما نقصه عيب التزويج، أو يمسك ويرجع بما نقصه العيب القديم، وأما ما كان من عيوب الأخلاق كالزنا والسرقة وشرب الخمر إذا حدث عند المشتري وقد اطلع على عيب قديم فالمذهب على قولين؛ أحدهما أنها عيوب يرد معها النقص إن اختار الرد وهو مشهور المذهب، والثاني أنها ليست بعيب وله أن يرد ولا شيء عليه وهو قول ابن حبيب. اهـ. فعلم أن المشهور في عيوب الأخلاق أنها من العيب المتوسط، واقتصر رحمه الله على ذكر تزويج الأمة تبعا للمدونة وليرتب عليه جبره بالولد، وذكر في الشامل قول ابن حبيب. ثم قال: وهل خلاف فيه نظر، ومن هذا القسم الإباق كما صرح به في المنتقى وصاحب الشامل وغيرهما.

ص: **وجبر بالولد** ش: قال ابن عرفة: قال المازري: وعندي أن الجبر بالولد، لأنه عن عيب النكاح، فكأنه بجبره لم يكن، ومقتضاه أنه لا يجبر به غير عيب النكاح، وفي المدونة يجبر به عيب غير النكاح. ثم قال: اللخمي: موت الولد كعدم ولادته.

تنبيه: وهل الولد جابر لعيب التزويج مطلقا، سواء كانت قيمته كقيمة عيب التزويج أو أقل أو أكثر، وهو الذي فهم ابن المواز قول ابن القاسم عليه، أو إنما يجبره إذا كانت قيمة الولد كقيمة عيب التزويج أو أكثر، وإن كانت قيمة الولد أنقص فلا بد أن يرد مع الولد ما بقي، وهو الذي فهمه الأكثرون وهو الصحيح. قاله في التوضيح ونقله في الشامل.

ص: **أو يقل فكالعدم** ش: قال في التوضيح: اختلف في اليسير فقيل ما أثر نقصا يسيرا في الثمن، وإليه أشار في/ المدونة، وقيل ما لا يؤثر فيه نقصا أصلا، وإليه ذهب الأبهري. اهـ. ولفظ المدونة في أول كتاب العيوب: ولا يفيت الرد بالعيوب [حوالة سوق ولا نماء[1053]] ولا عيب خفيف يحدث عنده ليس بمفسد كالرمد والكي والدماميل والحمى والصداع، وإن نقصه ذلك فله رده ولا شيء عليه في مثل هذا. اهـ.

456

ص: **وذهاب ظفر** ش: قال في المدونة إثر كلامه المتقدم: ونصه: وكذلك ذهاب الظفر. ثم قال: وأما زوال الأنملة فهو كذلك في الوخش خاصة. اهـ. يعني أنه خفيف في الوخش خاصة. قال أبو الحسن: ظاهره وإن كانت أنملة الإبهام.

الحديث ....

[1053] – في المطبوع حواء سوق ولا نمالة وما بين المعقوفين من ن عدود ص456 وم179 ويحيى111 وسيد48.

نص خليل

وَقطعٍ مُعْتَادٍ وَالْمُخْرِجُ عَنِ الْمَقْصُودِ مُفِيتٌ فَالأَرْشُ كَكِبَرِ صَغِيرٍ وَهَرَمٍ وَافْتِضَاضِ بِكْرٍ وَقَطْعٍ غَيْرِ مُعْتَادٍ إلاَّ أَنْ يَهْلِكَ بِعَيْبِ التَّدْلِيسِ أَوْ بِسَمَاوِيٍّ زَمَنَهُ كَمَوْتِهِ فِي إبَاقِهِ وَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ بِعَيْبِهِ رَجَعَ عَلَى الْمُدَلِّسِ إن لَّمْ يُمْكِنْ رُجُوعُهُ عَلَى بَائِعِهِ بِجَمِيعِ الثَمَنِ فَإِنْ زَادَ فَلِلثَّانِي وَإِن نَّقَصَ فَهَلْ يُكَمِّلُهُ قَوْلاَنِ وَلَمْ يُحَلَّفْ مُشْتَرٍ ادُّعِيَتْ رُؤْيَتُهُ إلاَّ بِدَعْوَى الإِرَاءَةِ وَلاَ الرِّضَا بِهِ إلاَّ بِدَعْوَى مُخْبِرٍ.

متن الحطاب

ص: **وقطع معتاد** ش: ظاهر كلامه أن القطع المعتاد من العيب الخفيف الذي لا يرجع فيه بشيء، سواء كان مدلسا أو غير مدلس، وليس كذلك إنما ذكر ذلك في المدونة في المدلس، وكذلك ابن الحاجب، وقد تقدم عند قول المصنف: "إن نقص كلامهما وكلام غيرهما" وأن ذلك إنما هو في حق المدلس فقط.

ص: **والمخرج عن المقصود مفيت [فالأرش**[1054]**] ككبر صغير** ش: أي والعيب الحادث عند المشتري، فالمخرج عن المقصود منه بذهاب المنافع المقصودة منه مفيت للرد، وإذا فاته الرد بالعيب فالأرش -أي أرش ذلك العيب- للمشتري، ثم مثل للعيب المفيت بقوله: "ككبر صغير" وهذا مذهب المدونة، وقيل متوسط وهو لمالك في الموازية، ويدخل في ذلك ما إذا فات كعقار بهدم أو بناء. قال في مختصر المتيطية: ونفقة عشر دنانير فوت إذا كان الثمن يسيرا، فإن كان كثيرا فليس بفوت إلا أن ينفق النفقة الكثيرة. قال: وأما يسير الهدم فيرد معه ما نقصه. اهـ. ثم ذكر بعد ذلك مسألة فيها خلاف عن ابن عتاب وغيره فانظره.

ص: **وهرم** ش: أي وهرم عبد أو أمة، وقيل متوسط وشهره صاحب الجواهر، وقيل خفيف وأنكر، واختلف في حد الهرم فنقل الأبهري عن مالك أن ذلك إذا ضعف وذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما، وقال عبد الوهاب إذا هرما هرما لا منفعة فيه فإنه فوت. الباجي: والصحيح عندي أنه إن ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الإتيان بها أن ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب. اهـ من التوضيح ونقله في الشامل.

ص: **واقتضاض بكر** ش: بالقاف كذا ذكره في الصحاح قال: والقضة بالكسر عذرة الجارية، وذكر في القاموس أنه يقال بالفاء أيضا. والله أعلم. وعده في المفيت مخالف للمنصوص، وإنما هو في المتوسط كما نبه عليه الشارح وابن غازي، وقيده الباجي بالعلية، وجعله في الشامل خلافا حكاه بقيل، ونصه في العيب المتوسط: وكاقتضاض بكر، وقيل فوت، وقيل إلا في الوخش فكالعدم.

ص: **[وقطع**[1055]**] غير معتاد** ش: سواء كان البائع مدلسا أو غير مدلس كما تقدم.

ص: **إلا أن يهلك بعيب التدليس أو بسماوي زمنه كموته في إباقه** ش: هذا مخرج من قوله: "والمخرج عن المقصود مفيت" قال في كتاب التدليس/ من المدونة: ومن باع عبدا دلس فيه بعيب فهلك العبد بسبب ذلك العيب أو نقص فضمانه من البائع، ويرد جميع الثمن كالتدليس [بالمرض[1056]] فيموت، أو

457

الحديث ....

[1054] - في المطبوع بالأرش وما بين المعقوفين من ن عدود ص456 وم179 ويحيى111 وسيد48.

[1055] - في المطبوع وكقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص456 وم179 ويحيى111 وسيد48.

[1056] - في المطبوع لمرض وما بين المعقوفين من م179 وسيد48.

نص خليل ....

متن الحطاب بالسرقة فيسرق فتقطع يده فيموت من ذلك أو يحيى، أو بالإباق فيأبق فيهلك، ولابن شهاب أو بالجنون فيخنق فيموت. قال مالك: وهذا بعد أن يقيم المبتاع البينة فيما حدث من سبب عيب التدليس، وأما ما حدث به من غير سبب التدليس فلا يرده إلا مع ما نقصه بذلك، أو يحبسه ويرجع بعيب التدليس كما فسرنا. اهـ. قال أبو الحسن: قوله: "فيأبق فيهلك" ظاهر هذا أن البائع لا يضمن ذلك إذا دلس بالإباق إلا إذا هلك العبد وليس كذلك، بل يضمن إذا أبق فغاب عرف هلاكه أم لا، وهو بين في الأمهات، ولفظها: أو أبق فلم يرجع. واختصره ابن يونس فهلك أو ذهب ولم يرجع. وظاهر الأمهات أنه بنفس إباقه يضمنه. اهـ.

قلت: وصرح بذلك ابن رشد في أول مسألة من رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى من كتاب العيوب، ونصه: إذا دلس بالإباق فأبق العبد ولم يرجع كان على البائع أن يرد الثمن ويطلب عبده. اهـ. وصرح بذلك أيضا اللخمي في تبصرته في باب من باع عبدا وبه عيب فهلك منه أو [تنامى[1057]] به فقال: ومن باع عبدا وبه عيب فهلك منه أو تنامى إلى أكثر فإن لم يدلس رجع بقيمة العيب إن هلك، وإن تنامى إلى أكثر كان له أن يمسك ويرجع بقيمته، أو يرد قيمة ما تنامى فيه، وإن دلس بالعيب رجع بجميع الثمن إن مات، وله أن يرد إن تنامى ويرجع بجميع الثمن، وإن دلس بمرض فمات منه رجع بجميع الثمن، وفي كتاب محمد ومن يعلم أنه مات منه، وكذلك الأمة يدلس بحملها فتموت من النفاس فقال في المدونة: هي من البائع.

وقال أشهب في كتاب محمد لو علم أنها ماتت من النفاس لكانت من البائع، والأول أحسن؛ لأن ذلك مما يدرك معرفته كالسل والاستسقاء يدوم بصاحبه والنفاس تموت بفوره، ويرد [بهذه[1058]] العيوب إذا ماتت أو تنامت قبل معرفته بها إن قام بقرب ما علم، وإن تراخى [ما[1059]] يرى أنه راض لم يكن له قيام، وإن أتى من ذلك بما يشكل أمره هل هو راض حلف أنه لم يكن رضي وقام، فإن دلس بسرقة فسرق فقطعت يده رده أقطع؛ ويرده بجميع الثمن، وإن كانت السرقة لا قطع فيها رده بجميع الثمن، وكانت معاملة المسروق منه في تلك الجناية من البائع يفتدي منه أو يسلمه، وإن كان البائع غير مدلس كان المشتري بالخيار بين أن يمسك ويأخذ قيمة العيب أو يرد، وما نقصه القطع وإن لم يقطع كان بالخيار بين أن يسلمه للمجني عليه ويرجع بالعيب، أو يفتديه ويرده على البائع، واختلف إذا كانت سرقته من المشتري؛ فقال مالك ذلك في ذمته، وقال سحنون في رقبته، وقال ابن حبيب ذلك ساقط؛ لأنه عبد حتى يحكم برده، والأول أحسن؛ لأن كل ما فعله العبد مما دلس به السيد فكأنه فعله عند بائعه فلا يسقط، فإن سرق من موضع أذن له فيه [كان في[1060]] ذمته، وإن لم يأذن له كان في

الحديث ....

[1057] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص457 وم179 ويحيى111 (وفي سيد48 تناما).

[1058] *– في المطبوع هذه وما بين المعقوفين من م179 ويحيى111 وسيد48.

[1059] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الشيخ محمد سالم وهو الذي في179 وسيد48. والذي في نسخة يحيى (ويرى).

[1060] – في المطبوع كان له في ذمته وما بين المعقوفين من ن عدود ص457 وم179 وسيد48 (وفي يحيى112 كان ذلك في ذمته).

نص خليل ....

متن الحطاب رقبته، وإن ذهب يسرق فمات، أو سقط من موضع فهلك في ذهابه أو رجوعه كان من بائعه، وإن دلس بالإباق فأبق رجع بجميع الثمن بنفس إباقه وإن كان حيا، وعلى بائعه أن يطلبه، وكذلك إن مات، وقال ابن دينار: وإن لم يهلك من سبب الإباق له أن يرجع بالعيب، وإن هلك بسببه مثل أن يقتحم نهرا أو يدخل بئرا فتنهشه حية، أو يتردى في مهواة أو من جبل فيهلك رجع بجميع الثمن، وأما إن مات [موتة[1061]] أو يكون سالما في إباقه أو يجهل أمره فلا يدرى ما انتهى إليه حاله فلا أرى أن يرجع إلا بقيمة عيب الإباق، والأول أحسن؛ لأنه بنفس الإباق وجب رجوع الثمن؛ لأنه الوجه الذي دلس به وذهب به من يد مشتريه. اهـ. وفهم من كلامه أنه إذا كان البائع غير مدلس وأبق العبد ومات في إباقه ولم يرجع أنه لا يرجع على البائع إلا بقيمة الإباق فقط، ونحوه في التلقين في فصل العيوب، ونحوه أيضا لابن يونس؛ فإنه قال: روى/ سحنون أن السبعة من فقهاء التابعين قالوا فيمن دلس بعيب في عبد أو أمة فهلكت بسبب ذلك الأمة أو العبد فهما من البائع وأخذ منه المبتاع الثمن كله. قال بعض البغداديين دليله المرأة تغر من نفسها أن لزوجها الرجوع بجميع الصداق إلا قدر ما يستحل به فرجها؛ لأنها مدلسة بذلك العيب، فكذلك هذا. 458

قال مالك فيمن باع عبدا فدلس فيه بعيب فهلك العبد بسبب ذلك العيب، أو نقص فضمانه من البائع، ويرد جميع الثمن؛ كالتدليس بالمرض فيموت، أو بالسرقة فتقطع يده فيموت من ذلك أو يحيى، أو بالإباق فيأبق فيهلك أو يذهب فلم يرجع. قال ابن شهاب: أو بالجنون فاختنق فمات فهذا كله ضمانه من البائع ويرد جميع الثمن بعد أن يقيم المبتاع البينة [أن العيب قديم،[1062]] وأن البائع باع بعد العلم به، فإن ثبت علم البائع بهذا كله حين البيع رد جميع الثمن. قال ابن القاسم: وإن كان لم يدلس لأنه باعه وهو [غير ذاكر[1063]] العيب فليس للمشتري إلا قيمة عيبه، ولو قال علمت العيب ولكن نسيت أن أذكره عند البيع حلف على ذلك ولم يكن [عليه[1064]] إلا قيمة العيب. اهـ. وكلام اللخمي في المسألة الآتية؛ أعني قوله: "وإن باعه المشتري وهلك [بعيبه"[1065]] صريح في ذلك.

وقال في المسائل الملقوطة: من اشترى أمة ثم غاب البائع واطلع المشتري على عيب في الجارية فلم يحضر البائع حتى ماتت الجارية من العيب فإن المشتري يثبت العيب، ثم ينظر أهل [المعرفة[1066]] إن كان مما يحدث مثله في مدة الشراء فلا رجوع على البائع، وإن كان مثله [مما[1067]] لا يحدث في مدة الشراء [فإنه يلزمه[1068]] الغرم -يعني غرم الأرش- خاصة لا غرم جميع الثمن. قاله الجزولي عند

الحديث ....

1061 *- في المطبوع موته وما بين المعقوفين من يحيى112.

1062 - في المطبوع على العيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 وم180 ويحيى112 وسيد48.

1063 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 وم180 ويحيى112 وسيد48.

1064 - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 وم180 ويحيى112 وسيد48.

1065 - في المطبوع فعيبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 وم180 ويحيى112 وسيد48.

1066 *- في يحيى112 وم180 وسيد48 (الخبرة).

1067 *- في المطبوع ما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى112 وم180.

1068 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 وم180 ويحيى112 وسيد48.

نص خليل

وَلاَ بَائِعٌ أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ لإِبَاقِهِ بِالْقُرْبِ وَهَلْ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَكْثَرِ الْعَيْبِ فَيَرْجِعُ بِالزَّائِدِ وَأَقَلِّهِ بِالْجَمِيعِ أَوْ بِالزَّائِدِ مُطْلَقًا أَوْ بَيْنَ هَلاَكِهِ فِيمَا بَيَّنَه أَوْ لاَ أَقْوَالٌ وَرَدَّ بَعْضُ الْمَبِيعِ بِحِصَّتِهِ وَرُجِعَ بِالْقِيمَةِ إِنْ كَانَ الثَمَنُ سِلْعَةً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الأَكْثَرُ.

متن الحطاب

قوله: "من اشترى عبدا فوجد به عيبا"، وإن لم يثبت العيب فإنه يحلف أنه باعه هذه الجارية ولا يعلم بها عيبا ترد به، ويثبت العيب بشاهد ويمين، وحيث كان له أن يرد فصرح بالرد ثم هلك المبيع قبل وصوله إلى يد البائع فهل يكون ضمانه منه، أو من المشتري؟ ثلاثة أقوال؛ [الثالث[1069]] يفرق فيها بين أن يحكم بها حاكم فيكون من البائع، وإلا فمن المشتري. اهـ. وهذا إذا لم يدلس، وأما المدلس فإنه يلزمه غرم جميع الثمن إذا ماتت الجارية بعيب التدليس، وأما المسألة الأخيرة فإن الذي مشى عليه المصنف أنه لا ينتقل ضمانها للبائع إلا أن يرضى بالنقص أو يثبت عند حاكم وجود العيب، وإن لم يحكم به حيث قال: "ودخلت في ضمان البائع إن رضي بالنقص، أو ثبت عند حاكم وإن لم يحكم" والله أعلم. فتحصل من هذا أنه إذا هلك من العيب فإن دلس به البائع رجع عليه المشتري بجميع الثمن، وإن لم يدلس رجع عليه بقيمة العيب فقط. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: انظر لو أخذ المشتري الأرش للإباق ثم بعد ذلك وجد العبد هل له رده ورد العبد وأخذ ثمنه؟

الثاني: انظر لو نسي [أيضا[1070]] البائع العيب حين البيع ولكن [تذكره[1071]] بعد ذلك وقبل أن يقوم عليه المشتري، ولم [يذكره[1072]] للمشتري فهل هو كالمدلس أم لا؟

الثالث: قال ابن يونس: قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك: وإذا دلس بالإباق فأبق العبد فقام المبتاع بذلك، فقال البائع لم يأبق منك ولكن غيبته أو بعته لم يقبل قول البائع، ولم يكن على المشتري أكثر من يمينه ما غيب وما باع ولقد أبق منه، ثم يأخذ ثمنه، وليس عليه أن يقيم بينة أنه أبق منه. اهـ.

459

ص: **ولا بائع أنه لم يأبق** ش: قال في الشامل:/ ولو قال المشتري لبائع عبد له يمكن أنه أبق أو سرق عندك ولم يحصل ذلك عنده فلا يمين عليه اتفاقا، وفيها: ولو أبق بقرب البيع فقال أخشى أنه أبق عندك فلا يمين عليه، ولو قال أخبرت أنه أبق عندك وقد أبق عندي، وأثبت أنه أبق عند المبتاع فقال له احلف أنه لم يأبق عندك لزمه ذلك على الأصح، وكذا إن قال علمت أنه أبق عندك اتفاقا، أو علم إباقه عند المشتري، وفي الموازية إن قال أبق عندك أو سرق أو زنى أو جن أو نحو ذلك حلف له خلافا لأشهب، [وهو[1073]] ظاهرها. اهـ.

ص: **ورد بعض المبيع بحصته ورجع بقيمته إن كان الثمن سلعة إلا أن يكون الأكثر** ش:

الحديث ....

[1069] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص458 ويحيى112 وسيد48.

[1070] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م180 ويحيى112 وسيد48.

[1071] *– في المطبوع تذكر وما بين المعقوفين من م180 ويحيى112 وسيد48.

[1072] *– في المطبوع يذكر وما بين المعقوفين من م180 ويحيى112 وسيد48.

[1073] *– في المطبوع هو وما بين المعقوفين من م180 ويحيى112 وسيد48.

نص خليل ....

متن الحطاب يعني أنه إذا اشترى أشياء متعددة ثم وجد في بعضها عيبا فله أن يرد المعيب ويرجع بحصته من الثمن، وذلك بأن تقوم كل سلعة على حدتها، ثم يقسم الثمن على قيم السلع فيرجع بما ينوب السلعة المعيبة منه، هذا إذا كان الثمن عينا أو مثليا، فإن كان سلعة فإنه يرجع بما ينوب السلعة المعيبة من قيمة السلعة التي هي الثمن، وإليه أشار بقوله: "ورجع بالقيمة إن كان الثمن سلعة لضرر الشركة" هذا إذا لم تكن السلعة التي فيها العيب وجه الصفقة، فإن كانت وجه الصفقة فليس للمشتري إلا رد الجميع أو الرضا بالجميع، ووجه الصفقة هو الذي ينوبه من الثمن أكثر من النصف، وإلى هذا أشار بقوله: "إلا أن يكون الأكثر".

تنبيهات: الأول: إذا كانت السلعة المعيبة غير وجه الصفقة فليس للمشتري إلا ردها فقط وليس له رد الجميع إلا برضا البائع، وكذلك ليس للبائع أن يقول إما أن تأخذ الجميع أو ترد الجميع على ما قال ابن يونس. قال ابن عرفة: وهو خلاف قول التونسي إن قال البائع إما أن تأخذه كله معيبا أو ترد فالقول قول البائع، وإذا كانت وجه الصفقة فليس للمبتاع إلا رد الجميع أو الرضا بالجميع. قال ابن يونس: والقضاء أن من ابتاع شيئا في صفقة واحدة فالتي في بعضها عيب ليس له إلا رد المعيب بحصته من الثمن، إلا أن يكون المعيب وجه الصفقة فليس له إلا الرضا بالعيب بجميع الثمن، أو رد جميع الصفقة، وكذلك من ابتاع أصنافا مختلفة فوجد بصنف منها عيبا، فإن كان وجه الصفقة مثل أن يقع من الثمن سبعون أو ستون والثمن مائة فليرد الجميع. ابن المواز: إذا وقع العيب في نصف الثمن فأقل فليس هو وجه الصفقة، ولم يرد إلا المعيب بحصته، وإذا وقع له من الثمن أكثر من نصفه فهو وجه الصفقة. [ثم[1074]] قال: وإذا لم يكن المعيب وجه الصفقة فلا حجة للبائع في أن يقول إما أن تأخذ الجميع أو ترد الجميع، وإن كان وجه الصفقة [فله ذلك.[1075]] اهـ. وقال ابن عرفة: إذا تعدد المبيع غير المثلي والعيب بأعلاه [ففيها[1076]] لابن القاسم: من ابتاع سلعا فوجد ببعضها عيبا فليس له إلا رد المعيب إن لم يكن وجه الصفقة، فإن كان وجهها فليس له إلا رد الجميع أو الرضا بالمعيب. اهـ.

الثاني: إذا كان المعيب وجه الصفقة لم يجز للمشتري التمسك بالسالم إذا كان المبيع غير مثلي وإن رضي البائع كما في الاستحقاق. قال ابن عرفة: اللخمي: اختلف فيمن ابتاع عبدين ظهر بأعلاهما عيب، فمنع ابن القاسم إن رد الأعلى واستحق أن يحبس الأدنى؛ لأنه كشراء بثمن مجهول، وأجازه ابن حبيب. ثم قال في مسألة الثوبين: إن كان المعيب وجهها فله رد الأدنى، ولا له أن يتمسك به على قول ابن القاسم، وله ذلك على قول ابن حبيب وهو بالخيار، وعلى قول أشهب لا خيار له. اهـ.

الحديث ....

1074 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص459 وم180 ويحيى113 وسيد48.

1075 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص459 وم180 ويحيى113 وسيد48.

1076 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص459 وم180 ويحيى113 وسيد48.

نص خليل ....

متن الحطاب

460 **قلت:** صرح بذلك الرجراجي في المسألة الثانية من كتاب التدليس بالعيوب فقال بعد أن تكلم على/ استحقاق الأقل والأكثر في العروض والدور والأرضين: [ووجود العيب[1077]] في جميع هذه الفصول كالاستحقاق. والله أعلم.

الثالث: قول المصنف: "إلا أن يكون [الأكثر"[1078]] يقتضي أنه إذا زاد ثمن المعيب على النصف ولو يسيرا فهو وجه الصفقة، وهو كذلك كما تقدم في كلام ابن المواز الذي نقله ابن يونس. [وكما[1079]] صرح به أبو الحسن فقال في شرح قول المدونة: ومن ابتاع سلعا بمائة دينار وسموا لكل سلعة عشرة فأصاب بأحدها عيبا لم ينظر إلى ما سموا لكل ثوب، ولكن يقسم الثمن على قيم الثياب، فإن كان المعيب ليس بوجه الصفقة رده بحصته من الثمن، وإن كان وجه الصفقة لم يكن إلا الرضا بالعيب بجميع الثمن أو رد جميع الصفقة، فإن كان قيمة المعيب خمسين دينارا [و قيمة[1080]] كل سلعة نحو الثلاثين لم تكن وجه الصفقة حتى تكون حصته أكثر الثمن؛ مثل أن يكون ثمن الجميع مائة دينار وثمن هذا المعيب سبعين أو ثمانين فهذا وجه الصفقة. قال أبو الحسن: ليس مراده أنه لا يكون وجه الصفقة [حتى يكون[1081]] ثمنه سبعين أو ثمانين، بل يكون وجه الصفقة إذا زاد على خمسين ولو دينارين. ابن يونس: قال ابن المواز: وذكر ما تقدم. والله أعلم.

قلت: ما تقدم من أنه إذا كان الثمن سلعة يرجع بما ينوب العيب من القيمة. قال في التوضيح: هو مذهب المدونة وهو المشهور قال: وعليه فهل تعتبر القيمة يوم البيع وهو ظاهر كلام المتقدمين، أو إنما تعتبر يوم الحكم وهو اختيار [التونسي[1082]]؟ ومعناه إذا كانت قائمة يوم الحكم ولم تفت قبل ذلك. اهـ وقال في الشامل: ورجع بقيمة المردود يوم البيع لا يوم الحكم على الأصح إن كان الثمن [سلعة[1083]] لا في جزئها؛ خلافا لأشهب، ورجع لا سيما إن تعيب النصف من قيمة نصف السلعة، وليس حق البائع بأولى من حق المبتاع، وعليه ففي انقلاب الخيار للبائع قولان. اهـ. فعلم منه أن المشهور الرجوع بالقيمة ولو كان المردود النصف. والله أعلم.

الرابع: ما تقدم من التفريق بين وجه الصفقة وغيره إنما هو إذا كان المبيع قائما وأما إن انتقض وظهر العيب في الباقي فلا تفريق إذا كان الثمن عينا أو عرضا فات. قال في الكتاب: [اعلم[1084]] أنه إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما وألفى الآخر معيبا يرد المعيب ويرجع بما يخصه، كان المعيب وجه

الحديث ....

1077 – في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 ويحيى113 وسيد48.وهو الذي في الرجراجي، (مناهج التحصيل) ج7، دار ابن حزم 2007، ص134.

1078 – في المطبوع أكثر وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 ويحيى113 وسيد48.

1079 – في المطبوع وكذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 ويحيى113 وسيد48.

1080 – في المطبوع أو قيمة ويحيى113 وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 وسيد48.

1081 – في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 ويحيى113 وسيد48.

1082 – ساقطة من المطبوع ووردت في سيد49 وم180 ويحيى113 .

1083 – في المطبوع السلعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم180 ويحيى113 وسيد49.

1084 – في المطبوع إذا علم وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 (وفي م181 وسيد49 في النكت).

نص خليل

أَوْ أَحَدَ مُزْدَوَجَيْنِ أَوْ أُمًّا وَوَلَدَهَا.

متن الحطاب

الصفقة أم لا، إذا كان الثمن عينا أو عرضا قد فات، فإن كان عرضا لم يفت فههنا يفترق وجه الصفقة من غيره، فإن كان المعيب وجه الصفقة رده وقيمة الهالك، ورجع في عين عرضه، وإن كان المعيب ليس بوجه الصفقة رجع بحصته من قيمة العرض لا في عينه لضرر الشركة. هذا مذهب ابن القاسم، وإنما لم يفترق وجه الصفقة من غيره إذا كان الثمن عينا؛ لأنه إن كلف أن يرد قيمة الهالك إذا كان العيب بوجه الصفقة رد قيمة ذلك عينا ورجع في عين فلا فائدة في ذلك، فأما إذا كان عرضا فكلف غرم قيمة التالف غرم ثمنا ورجع في عرض فهذا مفترق، وإذا كان عرضا قد فات صار كالعين؛ لأنه يرجع إلى قيمته وهو ثمن. اهـ. ونقل ابن عرفة ذلك خلافا، وعزا هذا لعبد الحق عن المذهب واللخمي عن ابن القاسم، ثم نقل قولا ثانيا بأنه يرد القيمة إن لم تكن أكثر من منابه من الثمن، وعزاه للخمي. والله أعلم.

الخامس: قال في المدونة: فإن [اختلفا[1085]] في قيمة الهالك من العبدين وصفاه وقومت تلك [الصفة،[1086]] فإن اختلفا في الصفة فالقول قول البائع مع يمينه إن انتقد، وإن لم ينتقد فالقول قول المبتاع مع يمينه. ابن يونس: لأنه غارم، وقال أشهب وأصبغ القول قول البائع، انتقد أو لم ينتقد، وبه أخذ محمد.

ص: أو أحد مزدوجين أو أما وولدها ش: قال في المدونة: من ابتاع خفين أو نعلين أو مصراعين أو شبه ذلك مما لا يفترق فأصاب بأحدهما عيبا بعد ما قبضهما أو قبل فإما ردهما جميعا أو قبلهما جميعا، وأما ما ليس بأخ لصاحبه أو كانت نعالا فرادى فله رد المعيب على/ ما ذكرنا في اشتراء الجملة. قال ابن يونس: أي إن لم يكن وجه الصفقة فليس له إلا رد الجميع أو حبسه ولا شيء له، وحكم الأم تباع مع ولدها فيوجد [بأحدهما[1087]] عيب حكم ما لا يفترق. اهـ. وقال أبو الحسن: حكم الأم تباع مع ولدها الذي لم يبلغ حد التفرقة فيوجد بأحدهما عيب حكم ما لا يفترق. وقال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف: ما هو زوجان لا ينتفع بأحدهما دون صاحبه كالنعلين والخفين والسوارين والقرطين فوجود العيب بأحدهما كوجوده بهما جميعا؟. انتهى.

461

تنبيه: قال أبو الحسن: وعلى هذا إن استهلك خفا من خفين أو نعلا من نعلين أو ما أشبه ذلك مما لا يفترق يلزمه قيمتهما جميعا [واختلف[1088]] الشيوخ فيمن استهلك سفرا من ديوان من سفرين؛ قال بعضهم يرد السالم وما نقص، وصورة ذلك أن يقال ما قيمة الديوان كاملا؟ فإذا قيل عشرون قيل ما قيمة السالم وحده؟ فإن قيل خمسة رد السالم وخمسة عشر دينارا، وظاهر كلام عبد الوهاب في شرح الرسالة عند ذكر النعلين أنه يضمن قيمة الجميع، وانظر من استهلك عجلا كانت أمه تحلب به قال [الشيوخ[1089]] عليه قيمة العجل وما نقص من [منحة[1090]] الأم. الشيخ: وهذا مثل قول أصبغ

الحديث ......

1085 - في المطبوع اختلف وما بين المعقوفين من م181. ويحيى113 وسيد49.

1086 - في المطبوع الصفقة وسيد49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص460 وم181 ويحيى113.

1087 - في المطبوع لأحدهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 ويحيى113 وسيد49.

1088 - في المطبوع اختلف وما بين المعقوفين من سيد49 ويحيى113 وم181.

1089 - في المطبوع الشيخ وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 ويحيى113 وسيد49.

1090 - في المطبوع قيمة وم181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 ويحيى113 وسيد49.

نص خليل

وَلاَ يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِأَقَلِّ اسْتُحِقَّ أَكْثَرُهُ وَإِنْ كَانَ دِرْهَمَانِ وَسِلْعَةٌ تُسَاوِي عَشَرَةً بِثَوْبٍ فَاسْتُحِقَّتِ السِّلْعَةُ وَفَاتَ الثَّوْبُ فَلَهُ قِيمَةُ الثوبِ بِكَمَالِهِ وَرَدُّ الدِّرْهَمَيْنِ وَرَدُّ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ وَعَلَى أَحَدِ الْبَائِعَيْنِ وَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ فِي الْعَيْبِ أَوْ قِدَمِهِ إِلاَّ بِشَهَادَةِ عَادَةٍ لِلْمُشْتَرِي وَحَلَفَ مَنْ لَمْ يُقْطَعْ بِصِدْقِهِ وَقُبِلَ لِلتَّعَذُّرِ غَيْرُ عُدُولٍ وَإِن مُشْرِكِينَ وَيَمِينُهُ بِعْتُهُ وَفِي ذِي التَّوْفِيَةِ وَأَقْبَضْتُهُ وَمَا هُوَ بِهِ بَتًّا فِي الظَّاهِرِ وَعَلَى الْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ.

متن الحطاب

فيمن ملخ من شجرة رجل فرعا على وجه الدلالة فغرسه شجرا فعليه قيمة الفرع يوم ملخه وما نقص الملخ من الشجرة. اهـ. وقال في التوضيح لما ذكر مسألة المزدوجين: ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك [أحد[1091]] مزدوجين وجوب قيمتهما، واختلف فيمن استهلك سفرا من ديوان [من سفرين[1092]] فقال بعضهم يرد السالم وما نقص، [و[1093]]ظاهر كلام عبد الوهاب في شرح الرسالة أنه يغرم الجميع. اهـ.

قلت: والظاهر في مسألة الديوان أنه إذا وجد عيبا في أحد السفرين أنه يرد الجميع. والله أعلم.

ص: **ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره** ش: يريد إلا المثلي كما سيأتي، وإنما [ذكره[1094]] هنا ليفرع عليها المسألة التي بعدها، وإنما لم يجز التمسك بذلك لأنه لما استحق الأكثر انتقضت الصفقة، وتمسك المشتري بالباقي كإنشاء [عقدة[1095]] بثمن مجهول؛ [إذ لا[1096]] يعلم ما ينوب الباقي من الثمن إلا بعد تقويم [أجزاء[1097]] المبيع على الانفراد [ونسبة[1098]] كل جزء من الأجزاء إلى مجموع قيمة الصفقة، وأجاز ذلك ابن حبيب، ورأى أن ذلك جهالة طارئة بعد تمام العقد فصارت كالجهالة إذا اطلع على عيب بالمبيع. اهـ. وفي هذا الأخير نظر فإنه يقتضي أن العيب يخالف الاستحقاق وقد تقدم.

ص: **وإن كان درهمان وسلعة تساوي عشرة بثوب فاستحقت السلعة وفات الثوب فله قيمة الثوب بكماله ورد الدرهمين** ش: يعني أنه لما استحقت السلعة فقد استحق/ الأكثر فيرد الدرهمين 462 ويأخذ ثوبه إن كان قائما وقيمته إن كان فائتا على المشهور، وعلى قول ابن حبيب فإنما يرجع بخمسة أسداس الثوب إن كان قائما أو بقيمتها إن فاتت، فلو كانت قيمة الثوب خمسة عشر قاصه بدرهمين منها ورد له ثلاثة عشر على المشهور، وعلى مقابله يرد خمسة أسداس القيمة وذلك اثنا عشر درهما ونصف، ولو كانت قيمته تسعة قاصه بدرهمين ورد سبعة على المشهور، وعلى مقابله يرد سبعة ونصفا، وإن كانت قيمته اثني عشر درهما رجع بعشرة اتفاقا ويقاص بالدرهمين، ويكملهما على مقابله بغير مقاصة. قاله في التوضيح.

ص: **والقول للبائع في العيب أو قدمه** ش: قال في المقدمات: العيوب على قسمين: عيب يمكن

الحديث

....

[1091] *- في المطبوع إحدى وما بين المعقوفين من يحيى118 وسيد49 وم181.
[1092] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 ويحيى113 وسيد49.
[1093] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 ويحيى113 وسيد49.
[1094] - في المطبوع ذكرها ويحيى113 وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 وسيد49.
[1095] *- في المطبوع عقده وما بين المعقوفين من م181 ويحيى113.
[1096] - في المطبوع إذا لم وما بين المعقوفين من الشيخ محمد سالم وهو الذي في م181 ويحيى113 وسيد49.
[1097] *- في المطبوع أجر وما بين المعقوفين من م181 ويحيى113 وسيد49.
[1098] - في المطبوع أو نسبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص461 وم181 ويحيى113 وسيد49.

نص خليل وَالْغَلَّةُ لَهُ لِلْفَسْخِ وَلَمْ تُرَدَّ بِخِلَافِ وَلَدٍ وَثَمَرَةٍ أُبِّرَتْ وَصُوفٍ تَمَّ.

متن الحطاب التدليس به، وعيب لا يمكن التدليس به فلا يجب الرد به [في[1099]] القيام ولا الرجوع بقيمته في الفوات، وهو على وجهين: أحدهما ما استوى البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته وكان في أصل الخلقة فلا رجوع باتفاق، أو لم يكن [في أصلها[1100]] على اختلاف، والثاني ما استوى البائع والمبتاع في المعرفة به، وذلك ما كان من العيوب ظاهرا لا يخفى. اهـ.

فرع: من اشترى شيئا ثوبا أو حنطة أو غير ذلك ثم رده بعيب فينكر ربه أن يكون هو متاعه، فنقل في المسائل الملقوطة عن مختصر الواضحة عن ابن الماجشون أن القول قول البائع مع يمينه، وإن نكل فالقول قول المشتري مع يمينه أنها التي اشتراها منه ما غير ولا بدل. اهـ.

463 ص: **والغلة له للفسخ** ش: يعني أن الغلة للمشتري إذا رد بالعيب إلى حين فسخ عقد البيع،/ وهو ظاهر إذا كان البيع لا غلة فيه يوم البيع ولا يوم الرد واغتل المشتري فيما بين ذلك وأخذ الغلة، فإن كانت الغلة فيه يوم المبيع أو يوم الرد فلكل مسألة حكم أشار إلى الأولى بقوله: "وثمرة أبرت وصوف تم" كما سيأتي بيانه.

ص: **ولم ترد بخلاف ولد وثمرة أبرت وصوف تم** ش: قوله: "لم ترد" مستغنى عنه بما قبله وإنما ذكره ليرتب عليه قوله: "بخلاف ولد الخ" المعنى أن من اشترى شيئا من إناث الحيوان، سواء كان مما يعقل أو لا ثم ردها بعيب فإنه يرد معها ولدها اشتراها حاملا أو حملت عنده؛ لأن الولد ليس بغلة. قاله في التوضيح. وقال في المدونة: وإذا ولدت الأمة عندك ثم رددتها بعيب رددت ولدها معها وإلا فلا شيء لك وكذا ما ولدت الغنم والبقر والإبل ولا شيء لك في الولادة إلا أن ينقصها ذلك فترد ما نقصها. قال ابن يونس: يريد [وإن كان[1101]] في الولد ما يجبر به النقص جبره على قول ابن القاسم كما قال في الأمة تلد ثم يردها بعيب. انتهى. وقوله: "وثمرة أبرت" أي وكذلك من اشترى نخلا مؤبرة واشترط الثمرة ثم [جذ[1102]] الثمرة ثم اطلع على عيب فإنه يرد الثمرة؛ لأن لها حصة من الثمن ولو لم يشترطها المشتري لكانت للبائع، وقال أشهب لا ترد لأنها غلة، واتفق ابن القاسم وأشهب على عدم [رد[1103]] اللبن وإن كان في الضرع يوم البيع؛ لأن ذلك خفيف، وقاله في المدونة. قال أبو الحسن: إلا أن تكون مصراة يوم الشراء فيرد معها صاعا من [تمر إذا رد بعيب التصرية. اهـ.

قلت: هذا خلاف ما تقدم في كلام المصنف أنه إذا رد بغير عيب التصرية لا يرد معها صاعا من[1104]] الطعام، وقال اللخمي: وإن احتلبها لم يغرم بذلك إذا لم تكن حين البيع مصراة، وإن

نص خليل ....

الحديث ....

1099 – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص462 وم181 ويحيى114 وسيد49.

1100 – في المطبوع في أصلهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص462 وم181 ويحيى114 وسيد49.

1101 *– في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى114 وم181 وسيد49.

1102 – في المطبوع وجد وم181 ويحيى114 وسيد49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص463.

1103 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص463 وم181 ويحيى114 وسيد49.

1104 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص463 وم181 ويحيى114 وسيد49.

متن الحطاب كانت وقت الرد مصراة كان له أن يحلب ثم يرد لأنه قد جمع ولم يبق إلا احتلابه كالخراز والحداد، وكذلك إذا كانت يوم الشراء مصراة فهو مبيع على الصحيح من المذهب. انتهى. وعلى قول ابن القاسم فيرد الثمرة إن كانت قائمة وإن فاتت يرد مكيلتها إن علمت أو القيمة إن لم تعلم أو الثمن إن كان باعها. قاله في المقدمات. وقوله: "وصوف تم" أي وكذلك من اشترى غنما عليها صوف تام ثم جز الصوف ثم اطلع على عيب فإنه يرد فإن فات رد مثله. قاله في المدونة. قال ابن يونس: وإن لم يعلم وزنه رد الغنم بحصتها من الثمن كمشتري ثوبين يفوت عنده أحدهما ثم يجد بالباقي عيبا، وفي كتاب محمد إذا لم يعلم وزنه رد قيمته، والأشبه ما قدمنا، وعلى هذا قياس من قال إذا فات الأدنى من الثوبين رد قيمته معه إلا ربع المعيب؛ لأنه يقول إذا نقصت صفقتي لم يلزمني المعاينة في الأدنى. انتهى من أبي الحسن الصغير.

قلت: الجاري على المشهور ما في كتاب محمد.

فرع: قال اللخمي: وإن وجد العيب بعد أن عاد إليها الصوف ردها ولا شيء عليه للصوف الأول؛ لأن هذا كالأول وهو أبين في هذا من [جبر[1105]] العيب بالولد؛ لأن الولد ليس بغلة وليس له حبسه فكان جبره بما له حبسه أولى. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال في المدونة: فإن [رددت[1106]] الثمرة مع النخل كان لك أجر سقيك وعلاجك. قال في المقدمات فيما إذا اشترى النخل بالثمرة المؤبرة ثم وجد العيب قبل طيبها فإنه يردها بثمرتها عند الجميع، ويرجع بالسقي والعلاج عند ابن القاسم [وأشهب،[1107]] وأما إن لم يطلع على العيب إلا بعد طيب الثمرة فإنه يردها على مذهب ابن القاسم ويرجع بالسقي والعلاج، وقال أشهب إذا وجدت الثمرة فهي غلة.

الثاني: فهم من قول المصنف: "ثمرة أبرت" أنها لو كانت الثمرة يوم الشراء قد طابت أنه يردها إذا رد الأصول من باب أحرى، وفهم منه أيضا لو كانت الثمرة يوم الشراء لم تؤبر لم ترد وتكون غلة للمشتري، وهو كذلك إن كان قد/ جذها، سواء كانت الثمرة موجودة يوم الشراء ولكنها لم تؤبر، أو لم تكن موجودة يوم الشراء ولكنها حدثت عند المشتري، فإن كان المشتري لم يجد الثمرة فلا يخلو إما أن يكون اطلع على ذلك قبل طيب الثمرة، أو بعد طيبها، فإن اطلع على ذلك قبل طيبها فإنه يردها مع أصولها، سواء أبرت أو لم تؤبر، ويرجع بالسقي والعلاج عند ابن القاسم وأشهب، وأما إن كانت قد طابت؛ أي أزهت فهي للمشتري، سواء يبست أو لم تيبس أو لم تجد. 464

الثالث: [لو جذ[1108]] الثمرة قبل طيبها وقبل أن تؤبر. قال في المقدمات: فلا أذكر لأصحابنا فيها نصا، والذي يوجبه النظر عندي على أصولهم أن ذلك فوت؛ لأن [جذ[1109]] الثمرة في هذا الحال

نص خليل ....

الحديث ....

[1105] *- في المطبوع حين وما بين المعقوفين من يحيى114 وم182 وسيد49.

[1106] *- في المطبوع ردت وما بين المعقوفين من م182 وسيد49.

[1107] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص463 ويحيى114 .

[1108] – في المطبوع لو وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص464 (وفي م182 ويحيى114 وسيد49 لوجد).

[1109] – في المطبوع جز وما بين المعقوفين من ن عدود ص464 وسيد49 (وفي م182 ويحيى114 جد)

متن الحطاب

يعيب الأصل وينقص قيمته فيكون مخيرا بين أن يرده وما نقص، أو يمسكه ويرجع بقيمة العيب قال: وكذلك إذا جدها بعد الإبار وقبل الطيب فالحكم فيها على ما تقدم.

الرابع: قال في التوضيح: وقع لابن القاسم أنها لو هلكت الثمرة المأبورة عند المشتري بأمر من الله لم يضمنها المشتري، فعارض هذا بعضهم بما قاله من أنه يرد الثمرة لأن قوله يردها يدل على أن لها حصة من الثمن قوله إنه لا يضمنها يدل على أنها غير مشتراة واعتذر عن ذلك بأنه إنما لم يضمنها لكونها غير مقبوضة للمشتري، ولهذا منع بالطعام لأن النخل المؤبر طعام لكون الثمرة يتأخر قبضها، وقال بعض المتأخرين إنه يضمن الثمرة إذا اشتراها بعد الزهو وإن كانت بأمر من الله تعالى. قاله المازري. انتهى.

قلت: [قوله[1110]] وقع لابن [القاسم قد[1111]] يتبادر منه أن ذلك قول ضعيف وليس كذلك، بل هو المذهب كما نص عليه في المدونة، ونقل ابن عرفة المعارضة المذكورة عن ابن محرز عن بعض المذاكرين والتفرقة لبعضهم، ثم ذكر عن ابن محرز أنه رد ذلك بأن ابن القاسم نص على أنه لوجد الثمرة لكان ضامنا، فلو لم يكن لها حصة من الثمن ما اختلف حكمها قبل جذها وبعده. قال أيضا: لو جذها المشتري بعد طيبها ثم جاء شفيع حط عنه من الثمن ما ينوبها. ثم قال ابن عرفة: [يريد[1112]] رده بأنها قبل الجذ تابعة فلم يكن لها حصة من الثمن وهذه [مستقبلة،[1113]] فإن هلكت ضمنها كمال العبد يهلك قبل انتزاعه أو بعده، وإليه أشار فيها ثم ذكر نص المدونة. انتهى.

قلت: وكلام المدونة بين صحيح في المعارضة، ونصها: وإن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة [فاشترطتها،[1114]] فإن [رددت[1115]] النخلة بعيب رددت معها الثمرة، وإلا فلا شيء لك، فإن رددت معها كان لك أجر سقيك وعلاجك فيها، ولما لم تكن واجبة إلا بالاشتراط صح أن لها من الثمن حصة، ولم ألزمها لك بحصتها من الثمن كسلعة ثانية، فيصير بيع ثمرة لم يبد صلاحها، وهو كمال العبد إن [انتزعته[1116]] رددته معه حين ترده بعيب، وإن هلك المال قبل انتزاعك لم يلزمك له نقص من ثمنك إن رددته [بعيب،[1117]] وكذلك ما يأتي على الثمرة بأمر من الله سبحانه قبل جذاذها. انتهى. قال ابن يونس: في كتاب محمد ولو انتزعته ثم هلك بأمر من الله ضمنته وكذلك الثمرة إذا جذذتها ثم هلكت فإنك تضمنها. قاله محمد. قال ابن يونس: وأما لو اشترطت الثمرة بعد الطيب فهذه إن هلكت قبل الجذاذ بأمر من الله فرددت النخل بعيب فلترد بحصتها من الثمن،

الحديث ....

1110 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م182 ويحيى115 وسيد49.

1111 *- في المطبوع القاسم ما قد وما بين المعقوفين من م182 ويحيى115 وسيد49.

1112 - في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى115 وم182 وسيد49.

1113 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (مستقلة).

1114 *- في المطبوع فاشتراها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد49 وم182.

1115 *- في المطبوع ردت وما بين المعقوفين من م182 وسيد49.

1116 - في المطبوع انتزعه وم182 وما بين المعقوفين من ن عدود ص464 ويحيى115 وسيد49.

1117 *- في المطبوع بعيبك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى115 وسيد49 وم182.

نص خليل كَشُفْعَةٍ وَاسْتِحْقَاقٍ وَتَفْلِيسٍ وَفَسَادٍ وَدَخَلَتْ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ إِنْ رَضِيَ بِالْقَبْضِ أَوْ ثَبَتَ عِنْدَ حَاكِمٍ وَإِن لَّمْ يَحْكُمْ بِهِ.

متن الحطاب وكذلك إن جذها رطبا فأكلها ينظر ما قيمة النخل من قيمة الثمرة فإن كانت مثلها رجع بنصف الثمن، وإن كان ثلثها رجع بثلثي الثمن، وأما إن جذها تمرا وعرف مكيلتها ردها إن كانت قائمة، فإن فاتت رد مثلها مع النخل. انتهى. فعلم أن بعض المتأخرين الذي ذكره في التوضيح عن المازري هو ابن يونس.

الخامس: مفهوم قوله: "وصوف تم" أنه لو اشتراها وليس عليها صوف، أو عليها صوف غير تام، ثم حصل الصوف عنده أو تم أنه لا يرده، وهو كذلك إذا جزه قبل الاطلاع على العيب. قال اللخمي: [وسواء جزه في وقت جزازه وقبل ذلك، فإن اطلع على العيب قبل جزه فقال اللخمي[1118]] يختلف فيه هل يكون غلة بالتمام، أو حتى يتعسل، أو تجز قياسا على الثمرة؟ هل/ تكون غلة بالطيب أو باليبس أو بالجذاذ؟ فالتمام نظير الطيب، والتعسيل كاليبس، والجز كالجذاذ.انتهى. 465

قلت: قالوا إذا قال يختلف فهو تخريج منه، والذي في المقدمات أنه ما لم يجز وهو تبع للغنم قال: [ولا يرجع[1119]] المبتاع بشيء من نفقته عليها بخلاف النخل، والفرق بينهما أن للغنم غلة [تبتغى[1120]] منها سوى الصوف، ولو جزه المبتاع بعد أن اطلع على العيب لكان جزه لها رضا بالعيب. اهـ. ونقل ابن عرفة كلام اللخمي ولم يتعقبه، والظاهر ما قاله ابن رشد. والله أعلم.

ص: **كشفعة واستحقاق وتفليس وفساد** ش: قال الشارح في الكبير: التشبيه راجع إلى قوله: "ولم ترد" لا إلى قوله: "بخلاف ولد" ولو قدم هذه المسائل على قوله: "بخلاف ولد" لكان أحسن. انتهى. ونحوه في الوسط، وكلام ابن غازي رحمه الله يقتضي أن التشبيه راجع إلى قوله: "بخلاف [ولد"[1121]] وليس ذلك بظاهر، والظاهر ما قاله الشارح، فإن الحكم المذكور لا يجري في الأبواب المذكورة، فإن الولد لا يتصور فيه الشفعة، وأما في الاستحقاق والتفليس فحكمه حكم الرد بالعيب يأخذه المستحق للأمهات معها، وكذلك في التفليس فإن للبائع أن يأخذ الولد مع الأمهات كما صرح به في كتاب التفليس من المدونة، وأما في البيع الفاسد فإن الولد مفوت ويوجب الرجوع بالقيمة. قال في المدونة في كتاب التدليس بالعيوب: وأما الولد فيفيت البيع الفاسد ويوجب القيمة وأما الثمرة فحكمها في البيع الفاسد كحكم الرد بالعيب كما صرح به في المقدمات، وأما في الشفعة والاستحقاق والتفليس فيختلف ذلك. قال في كتاب الشفعة من المدونة: قال مالك: وإذا ابتاع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها ثم استحق رجل نصفها واستشفع فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه وعليه للمبتاع في ذلك قيمة ما سقى وعالج ويرجع المبتاع بنصف الثمن على البائع، فإن شاء المستحق أخذ الشفعة في النصف الباقي فذلك له ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ أو تيبس

الحديث ....

1118 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص464 وم182 ويحيى115 وسيد49.
1119 – في المطبوع ولو جزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص465 وم182 ويحيى115 وسيد49.
1120 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص465 وم182 ويحيى115 وسيد49.
1121 – في المطبوع ولده وما بين المعقوفين من ن عدود ص465 وم182 ويحيى115 وسيد49.

نص خليل وَلَمْ يُرَدَّ بِغَلَطٍ إنْ سُمِّيَ بِاسْمِهِ.

متن الحطاب ويغرم قيمة العلاج أيضا، وإن قام بعد اليبس أو الجذاذ فلا شفعة له في الثمرة كما لو بيعت حينئذ ويأخذ الأصل بالشفعة بحصته من الثمن بقيمة من قيمة الثمرة يوم الصفقة؛ لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن، وأما من ابتاع نخلا لا ثمر فيها أو فيها ثمر قد أبر أو لم يؤبر ثم فلس وفي النخل ثمرة حل بيعها فالبائع أحق بالأصل والثمرة ما لم تجذ إلا أن يعطيه الغرماء الثمن بخلاف الشفيع. اهـ. وقال في كتاب التفليس: وأما من ابتاع أمة أو غنما ثم فلس فوجد البائع الأمة قد ولدت والغنم قد تناسلت فله أخذ الأمهات والأولاد كالرد بالعيب، وأما ما كان من غلة أو صوف جزه أو لبن حلبه فذلك للمبتاع وكذلك النخل تجنى ثمرتها فهو كالغلة إلا أن يكون على الغنم صوف قد تم يوم الشراء أو في النخل ثمر قد أبر واشترط ذلك [الثمر[1122]] فليس كالغلة. اهـ.

وقال في المقدمات: إذا كان في النخل يوم الابتياع ثمرة مأبورة فطرأ على المشتري مستحق أو شفيع أو فلس وأراد البائع أخذ نخله فإن طرؤا قبل طيب الثمرة فإنهم أحق [بها[1123]]على حالها بعد أن يؤدوا السقي والعلاج، وإن طرؤا بعد طيب الثمرة قبل يبسها أو بعد يبسها ولم تجذ أو بعد جذها وهي قائمة أو فائتة ففي ذلك في الشفعة والاستحقاق ثلاثة أقوال: أحدها أن الشفيع والمستحق يأخذ الثمرة مع الأصل وإن جذت ويرجع بالسقي والعلاج. قاله ابن القاسم على قياس قوله في الرد بالعيب وقاله أشهب، ورواه عن مالك في كتاب ابن المواز، والثاني أنها تكون للمبتاع وهو مذهب أشهب في كتاب/ العيوب، والثالث أنها تمضي بما ينوبها من الثمن وهو قول ابن القاسم في كتاب الشفعة، وإذا قلنا إنها تمضي بما ينوبها من الثمن أو أنها غلة للمبتاع ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها الطيب، وهو قول ابن القاسم في كتاب العيوب، والثاني اليبس وهو قول ابن القاسم في المدونة، والثالث الجذاذ وهو قول أشهب في كتاب العيوب.

466

وأما التفليس فالمنصوص لهم قول واحد أنه أحق به ما لم تجذ فإن جذت كان أحق بالأصول بما ينوبها من الثمن ويدخل فيه الاختلاف بالمعنى. اهـ. وانظر بقية وجوه الثمرة في المقدمات، وأما الصوف التام فلا يتصور فيه الشفعة، وأما في الاستحقاق فيأخذه المستحق إن كان قائما أو مثله إن كان قد استهلكه المبتاع أو الثمن إن كان باعه، وفي التفليس بائعه أحق به إن كان قائما وإن جزه المشتري المفلس، وإن فات أخذ البائع الغنم بما ينوبها من الثمن وحاص الغرماء بما ينوب الصوف من الثمن، وإن شاء رد الغنم وحاص الغرماء بما ينوب الصوف من الثمن، وإن شاء ترك الغنم وحاص الغرماء بجميع الثمن. قاله في المقدمات. وأما البيع الفاسد فلم أقف الآن على [نص[1124]] صريح فيه، والظاهر أن حكمه حكم الرد بالعيب فتأمله. والله أعلم.

ص: **ولم يرد بغلط إن سمى باسمه** ش: أصل هذه المسألة في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من جامع البيوع قال: سئل مالك عمن باع مصلى فقال المشتري أتدري ما هذا المصلى؟ [هو[1125]]

الحديث ....

[1122] – في المطبوع الثمن وم183 وما بين المعقوفين من ن عدود ص465 ويحيى115 وسيد50.

[1123] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م183 ويحيى115 وسيد50.

[1124] – في المطبوع رد ويحيى116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص466 وم183 وسيد50.

[1125] – في المطبوع هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص466 وم183 ويحيى116 وسيد50.

نص خليل ....

متن الحطاب والله خز، فقال البائع ما علمت أنه خز، ولو علمته ما بعته بهذا الثمن. قال مالك: هو للمشتري ولا شيء للبائع لو شاء استبرأه قبل بيعه، وكذا لو باعه مرويا، ثم قال لم أعلم أنه مروي إنما ظننته كذا وكذا أرأيت لو قال مبتاعه ما اشتريته إلا ظنا أنه خز وليس بخز فهذا مثله، وكذا من باع حجرا بثمن يسير، ثم [إذا[1126]] هو ياقوتة أو زبرجدة تبلغ مالا كثيرا لو شاء استبرأه قبل البيع، بخلاف من قال أخرج لي ثوبا مرويا بدينار فأخرج له ثوبا أعطاه إياه ثم وجده من أثمان أربعة دنانير هذا يحلف ويأخذ ثوبه.

قال ابن رشد في سماع أبي زيد خلاف هذا أن من اشترى ياقوتة وهو يظنها حجرا ولا يعرفها البائع ولا المبتاع فيجدها على ذلك أو يشتري القرط يظنه ذهبا فيجده نحاسا أن البيع يرد في الوجهين، وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسم أحدهما الشيء بغير اسمه، وإنما سماه باسم يصلح له على كل حال، ثم قول البائع أبيعك هذا الحجر أو قول المشتري بع مني هذا الحجر فيشتريه وهو يظنه ياقوتة فيجده غير ياقوتة، أو يبيع البائع يظن [أنه غير ياقوتة فإذا هو ياقوتة[1127]] فيلزم المشتري [الشراء،[1128]] وإن علم البائع أنها غير ياقوتة والبائع البيع وإن علم المشتري أنها ياقوتة على رواية أشهب، ولا يلزم ذلك في الوجهين على ما في سماع أبي زيد، وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة أو يقول المشتري بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري والبيع لا يلزم البائع، وكذلك القول في المصلى وشبه ذلك، وأما القرط يظنه المشتري ذهبا يشترط أنه ذهب فيجده نحاسا فلا خلاف أن له أن يرده إذا كان قد صنع على صفة أقراط الذهب أو كان مغسولا بالذهب.

وقد اختلف إذا أبهم أحدهما لصاحبه في التسمية ولم يصرح فقال ابن حبيب إن ذلك يوجب الرد كالتصريح، وحكى شريح القاضي أنه اختصم إليه رجل مر برجل معه ثوب مصبوغ الصبغ الهروي فقال بكم هذا الهروي؟ فقال بكذا، فاشتراه ثم [تبين[1129]] أنه ليس بهروي وإنما صبغ صبغ الهروي فأجاز بيعه قال: ولو استطاع أن يزين ثوبه بأكثر من هذه الزينة. قال عبد الملك: لأنه إنما باعه هروي الصبغ حتى يقول هروي هراة فعند ذلك يرده، وذلك عندي اختلاف من قوله، وقد قال بعض الشيوخ إنه إذا باع الحجر في سوق الجوهر فوجده [صخرة[1130]] كان للمبتاع القيام وإن لم يشترط أنه جوهر، وإن باعه/ [في ميراث[1131]] أو في غير سوق الجوهر لم يكن له قيام على هذا القياس وشبهه، وهذا عندي يجري على الاختلاف الذي ذكرته في الألغاز، ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلا وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبا بأربعة أن الأول جهل وقصر [إذ[1132]] لم يسأل من يعلم ما هو، والثاني غلط، والغلط لا يمكن التوقي منه، فيكون له أن يحلف

467

الحديث ....

1126 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص466 وم183 ويحيى116 وسيد50.

1127 *– في المطبوع أنها ياقوتة فإذا هو غير ياقوتة وما بين المعقوفين من م183 ويحيى116 وسيد50.

1128 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص466 وم183 ويحيى116 وسيد50.

1129 – في المطبوع بين وما بين المعقوفين من سيد50 وم183 ويحيى116.

1130 – في المطبوع حجرا وم183 وما بين المعقوفين من ن عدود ص466 ويحيى116 وسيد50.

1131 – في المطبوع في غير الميراث وما بين المعقوفين من ن عدود ص467 وم183 ويحيى116 وسيد50.

1132 *– في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من يحيى116 وسيد50.

نص خليل ....

متن الحطاب ويأخذ ثوبه إذا أتى بدليل على صدقه من رسم أو شهادة وقوم على حضور ما صار به إليه في مقاسمة أو ما أشبه ذلك، والرجوع بالغلط في بيع المرابحة متفق عليه، وفي بيع المكايسة يختلف فيه، وقد مضى القول على ذلك في أول رسم من سماع ابن القاسم، وليس في هذه الرواية بيان أن البيع مرابحة أو مكايسة. اهـ باختصار يسير. والذي في سماع ابن القاسم قال مالك في البزاز يبيع فيأمر بعض قومته بدفعه، ثم يقول بعد انصراف المبتاع إن الثوب الذي دفعه إليك ليس بالذي بعتك أو كان هو دفعه قال: إن كان أمر بدفعه حلف ورد إليه، وإن كان دفعه فأرى قوله باطلا ما لم يأت مع قوله أمر معروف من رسم أكثر مما باع به أو شهادة قوم قاسموه عرفوه ما قام به عليه، فإن جاء بشيء من ذلك حلف ورد عليه.

قال ابن رشد: أما الذي أمر بعض قومته فلا خلاف أن القول قوله مع يمينه أنه ليس الثوب الذي باعه، فإن حلف رد الثوب ودفع الثوب الذي زعم أنه باعه، وإن نكل لم يكن له شيء إذا كان المبتاع لم يكذبه ولا [صدقه،[1133]] وأما إن كذبه المبتاع وقال بل هذا الذي بعتني فإنهما يحلفان، فإن نكلا أو حلفا لم يقع بينهما بيع واحد من الثوبين، وإن نكل أحدهما كان القول قول الحالف إن كان البائع ألزم المبتاع الثوب الذي عينه البائع ورد الآخر وإن كان المبتاع أخذ الثوب المدفوع ولم يلزمه الآخر، وكذا لو أمر التاجر بعض قومته أن يري رجلا ثوبا فأراه إياه ثم باعه على تلك الرؤية ثم ادعى أنه غير الثوب الذي أمره أن يريه إياه القول قول التاجر مع يمينه يحلف ويأخذ ثوبه، فإن نكل لزمه البيع فيه.

وأما إذا باعه الثوب ودفعه هو إليه وادعى أنه غلط فإن لم تكن له شبهة من رسم ولا شيء لم يصدق، وإن كانت له شبهة فكما لو دفعه وكيله في الوجوه كلها، وأما إذا باع الثوب وادعى أن شراءه أكثر مما باعه به وأنه غلط فيه واختلط له بغيره فإن كان البيع مرابحة صدق، وإن كانت له شبهة من رقم أو شهادة قوم على ما وقع به عليه في مقاسمة أو شبه ذلك، واختلف إن ادعى الغلط في بيع المساومة وزعم أنه اختلط له بغيره وهو ذو أثواب كثيرة فقيل إنه بمنزلة المرابحة، وهو ظاهر الرواية، وما في كتاب الأقضية من المدونة وما في نوازل سحنون من كتاب العيوب محتمل، وقيل البيع لازم ولا حجة له فيما ذكر، وإليه ذهب ابن حبيب، وكذلك اختلف في الجهل بصفة المبيع مثل أن يبيع الحجر بالثمن اليسير وهو ياقوتة.

وسيأتي الكلام عليه في رسم الأقضية من سماع أشهب في سماع أبي زيد، وأما الجهل بقيمة المبيع فلا يعذر واحد من المتبايعين في ذلك؛ إذ لا غبن في بيع المكايسة، هذا هو ظاهر المذهب، وقد حكى بعض البغداديين عن المذهب أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من ثلث، وأقام بعض الشيوخ ذلك من مسألة سماع أشهب من كتاب الرهون وليس ذلك بصحيح؛ لأنها مسألة لها معنى من أجله وجب الرد من الغبن. انتهى. وقال لما تكلم على مسألة سماع أبي زيد: ولا اختلاف أن له القيام بالغلط في بيع المرابحة. وقوله [إن[1134]] بيع المساومة لا قيام فيه بالغلط هو المشهور في المذهب. انتهى. وما ذكره عن نوازل سحنون في كتاب العيوب لم أقف عليه، ولعله يشير إلى ما في نوازل سحنون من كتاب البيوع فيمن اشترى أرضا فوجد

الحديث ....

[1133] *- في المطبوع يصدقه وما بين المعقوفين من م183 ويحيى116 وسيد50.

[1134] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص467 وم184 ويحيى116 وسيد50.

نص خليل وَلاَ بِغَبْنٍ وَلَوْ خَالَفَ الْعَادَةَ وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَسْتَسْلِمَ وَيُخْبِرَهُ بِجَهْلِهِ أَوْ يَسْتَأْمِنَهُ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب

فيها بئر عاذبة فقال البائع بعتك شيئا لا أعرفه أنها للمشتري، ولعل مسألة كتاب الأقضية التي

468 أشار إليها هي [مسألة/[1135]] دعوى أحد الورثة الغلط بعد القسمة فإني لم أر فيه ما يناسب هذا إلا هذه المسألة وهي في الأم في كتاب الأقضية ذكرها البراذعي في كتاب القسمة، وهذا يوجه بأنه أشار إلى المسألة المذكورة في نوازل سحنون فتأمله. ونقل ابن عرفة رحمه الله كلام ابن بشير جميعه، وزاد بعد قوله في نوازل سحنون في كتاب العيوب في بعض الروايات. والله أعلم.

ص: **ولا بغبن ولو خالف العادة** ش: قال في التوضيح: الغبن بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن

469 بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن/ الناس لا يتغابنون بمثله أو اشتراها كذلك، وأما ما جرت به العادة فلا يوجب ردا باتفاق. انتهى. وقد تقدم كلام ابن رشد أن هذا الذي ذكره المصنف هو ظاهر المذهب، وقال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون: لو باع رجل جارية قيمتها مائة وخمسون دينارا بألف دينار وارتهن رهنا وكان مشتريها من غير أهل السفه جاز ذلك. قال ابن رشد: في قوله هذا ما يدل على أنه لا قيام في بيع المكايسة بالغبن، ولا أعرف في المذهب في ذلك نص خلاف، وكان من الشيوخ من يحمل مسألة سماع أشهب الواقعة في أول رسم منه من كتاب الرهون على الخلاف، ويتأول منها وجوب القيام بالغبن في بيع المكايسة، وليس ذلك بصحيح لأنه إنما يرى له الرد بالغبن لا من أجل اضطراره إلى البيع مخافة الحنث على ما ذكره في الرواية، وقد حكى بعض البغداديين عن المذهب، وعزاه لابن القصار أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث وليس ذلك بصحيح؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرتزق بعضهم من بعض[1]} وفي قوله صلى الله عليه وسلم: {غبن المسترسل ظلم[2]} دليل على أنه لا غبن في غير المسترسل، وما لم يكن فيه ظلم فهو حق لا يجب القيام به، وقد استدل على ذلك بعض الناس بقوله صلى الله عليه وسلم في الأمة الزانية: {بيعوها ولو بظفير[3]} وبقوله لعمر: {لا تشتره ولو أعطاكه بدرهم[4]} وهذا لا دليل فيه؛ لأنه خرج على التقليل مثل قوله في العقيقة: {ولو بعصفور[5]}

الحديث

1 – لا تلقوا الركبان ولا يبع حاضر لباد، البخاري، كتاب البيوع، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2158.
– لا يبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض، مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث 1522، الترمذي في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 1227، ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، رقم الحديث 2176، ج2 ص734.

2 – ورد في البيان والتحصيل بهذا اللفظ ، ج11 ص13، وفي رواية غبن المسترسل ربا، وفي الجامع الصغير غبن المسترسل حرام، ج4 ص400، دار الفكر، بيروت 1972.

3 – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير، الموطأ بحاشية الزرقاني، مكتبة الحلبي، مصر 1962، ج5 ص99. البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث 2153.

4 – الاستذكار، كتاب الزكاة، رقم الحديث13499، ج9 ص326، ط. دار قتيبة. والذخيرة، ج2 ص496 والذي في الصحيحين والسنن وإن أعطاكه.

5– عن محمد بن ابراهيم بن الحارث التيمي قال سمعت أبي يستحب العقيقة ولو بعصفور، مالك في الموطإ، كتاب العقيقة، رقم الحديث 1086، ط. دار الفكر.

[1135] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص467 وم184 ويحيى116 وسيد50.

نص خليل ....

متن الحطاب

وقوله: {من بنى مسجدا ولو بقدر مفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة[1]} وما أشبه ذلك كثير. انتهى. وقال ابن عبد السلام ظاهر الأحاديث يدل على صحة المشهور؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر في الجمل الذي باعه منه وقد ساومه: {أو لا تبيعه بدرهم} فقال: لا. ثم ثبت في [الصحيح أنه[1136]] باعه بخمس أواق على أن له ظهره إلى المدينة[2]، ثم ذكر حديث: {لا يبع حاضر لباد[3]}، وحديث الأمة الزانية[4]، وحديث عمر بن الخطاب[5] رضي الله عنه، ثم قال ابن رشد في سماع أشهب لما تكلم على المسألة المذكورة: قال ابن دحون: هذه مسألة ضعيفة كيف يفسخ البيع

470 للغبن وذلك جائز/ بين كل متبايعين إلا ما خصته السنة بالرد، ولو اشترى رجل من غير مولى عليه ما يساوي مائة درهم بألف درهم لزم ذلك ولم يفسخ ولم يختلف في ذلك. انتهى. وقال في المقدمات في كتاب المرابحة: لا قيام للمبتاع في بيع المساومة بغبن ولا بغلط في المشهور من الأقوال، وقيل إنه يرجع بالغلط، وأما في الغبن وهو الجهل بقيمة المبتاع فلا رجوع به في المساومة، وهذا ظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب الرهون ولا أعرف في المذهب في ذلك خلافا، [وكان[1137]] من الشيوخ من يحمل مسألة أشهب من الرهون على الخلاف في ذلك وليس بصحيح؛ لأنها مسألة لها معنى أوجب من أجلها الرد بالغبن، فليست بخلاف للمشهور من المذهب.

وقد حكى بعض البغداديين عن المذهب –وأراه ابن القصار– أنه يجب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث فتأمله وقف عليه. انتهى. ثم قال: وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن، وقال ابن حبيب إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل بعني كما تبيع [من[1138]] الناس، وأما في الشراء فلا، ولا فرق بين البيع والشراء [في هذا. ثم قال: والقيام بالغبن في البيع والشراء[1139]] إذا كان [على[1140]] الاسترسال والاستنامة واجب بالإجماع لقوله صلى الله عليه وسلم: {غبن المسترسل ظلم[6]} والاستنامة بالنون قبل الألف وبالميم بعدها كما ضبطه ابن غازي في أول فصل المرابحة، وقد ذكر ابن عرفة في القيام بالغبن طرقا الأولى طريقة ابن رشد، لكن ذكر كلامه في البيان ولم يذكر كلامه في المقدمات، ثم ذكر الطريق الثانية عن أبي عمر بن عبد البر، ونصه: [أبو عمر الغبن في بيع المستسلم[1141]] المستنصح يوجب للمغبون الخيار فيه [وبيع[1142]] غيره المالك أمر نفسه لا أعلم في لزومه خلافا ولو كان بأضعف القيمة، وسمعه عيسى بن القاسم في كتاب الرهون. اهـ. ولم أقف على ما عزاه لكتاب الرهون في سماع

الحديث

1- من بنى مسجدا ولو قدر مفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة، كنز العمال، رقم الحديث 23077.
2- مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث715.
3- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2158، مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث 1520.
4- إذا زنت الأمة فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب ثم إن زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر، البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، رقم الحديث 2152.
5- لا تشتره ولا تعد في صدقتك وإن أعطاكه بدرهم فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، رقم الحديث 1490.
6- ورد في البيان والتحصيل بهذا اللفظ ، ج11 ص13، وفي رواية غبن المسترسل ربا، وفي الجامع الصغير غبن المسترسل حرام، ج4 ص400، دار الفكر، بيروت 1972.

1136 *– في المطبوع الصحيح على أنه وما بين المعقوفين من م184 ويحيى117 وسيد50.
1137 – في المطبوع كان وما بين المعقوفين من سيد50 وم184 ويحيى117.
1138 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص470 وم184 وسيد50.
1139 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م184 ويحيى117 وسيد50.
1140 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م184 وسيد50 ويحيى117.
1141 *– في المطبوع أبو عمرو في بيع المسلم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م184 ويحيى117 وسيد50.
1142 – في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص470 وم184 ويحيى117 وسيد50.

نص خليل ....

متن الحطاب عيسى إنما فيه ما تقدم عن سماع ابن القاسم، ثم ذكر الطريقة الثالثة عن الباجي ونصه: الباجي عن القاضي في لزوم البيع بما لا يتغابن بمثله عادة وأحدهما لا يعلم سعر ذلك إذا زاد الغبن على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قولان لأصحابنا فالأول قاله ابن حبيب، وحصل في التوضيح في ذلك ثلاثة طرق: طريقة ابن رشد ونقلها باختصار، ونصه: ولصاحب المقدمات طريقة ثالثة إن وقع البيع والشراء على وجه الاسترسال والاستنامة فالقيام بالغبن واجب، وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام بالغبن اتفاقا، والطريق الثانية طريق المازري [أنه[1143]] إذا أخبر البائع أنه غير عارف بقيمته فقال [له[1144]] البائع قيمتها كذا فله الرد، وإن كان عالما بالبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين، وفيما عداهما قولان. ابن عبد السلام: ومشهور المذهب عدم القيام بالغبن، [والطريق الثالثة عزاها لعبد الوهاب في المعونة أنه لا خلاف في ثبوت الغبن[1145]] لغير العارف، وفي العارف قولان. اهـ.

قلت: ما عزاه رحمه الله للمعونة عكس ما فيها ونصها في آخر بيع الخيار: اختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغابن الناس بمثله مثل أن يبيع ما يساوي ألفا بمائة ويشتري ما يساوي مائة بألف فمنهم من يقول يثبت الخيار للمغبون منهما، ومنهم من قال [لا خيار[1146]] إذا كان من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة وإن كانا أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار. اهـ. ونحوه في التلقين. قال في أوائل كتاب البيوع: الخيار يثبت بأمرين أحدهما بمقتضى العقد فيه، وهو أن تكون فيه مغابنة خارجة عن حد [ما يتغابن[1147]] الناس بمثله فقيل إن البيع لازم ولا خيار، وقيل للمغبون منهما الخيار إذا دخل على بيع الناس المعتاد. اهـ. وقال في [الإشراف:[1148]] فإذا تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله في العادة وكان أحدهما ممن لا يخبر سعر ذلك المبيع فاختلف أصحابنا فمنهم من يقول لا خيار له، ومنهم من يقول له الخيار إذا [زاد[1149]] الغبن على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف. اهـ.

471 وكأن المصنف رحمه الله تبع صاحب الجواهر في عزو/ هذه الطريقة للقاضي عبد الوهاب فإنه قال فيها: قال القاضي أبو محمد: اختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من يرى أن يثبت الخيار للمغبون منهما، ومنهم من قال لا خيار إذا كان من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة وإن كانا أو المغبون منهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار. اهـ. وتبعه على ذلك القرافي في الذخيرة وابن الحاجب، وكأن صاحب الجواهر تصحف في نسخته من المعونة قوله نفى [بيرى[1150]] فذكر ما

الحديث ....

[1143] - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن أحمدو ص470 وم184 وسيد50.

[1144] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص470 وم184 ويحيى117 وسيد50.

[1145] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص470 وم184 ويحيى117 وسيد50.

[1146] - في المطبوع الاختيار وما بين المعقوفين من ن عدود ص470 ويحيى117 وسيد50.

[1147] - في المطبوع لتغابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص470.

[1148] *- في المطبوع الاشتراء وما بين المعقوفين من م184 ويحيى117 وسيد51.

[1149] *- في المطبوع رد وما بين المعقوفين م184 ويحيى117 وسيد51.

[1150] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى117 وسيد51.

نص خليل ....

متن الحطاب تقدم، وكلامه في التلقين والإشراف يبين كلامه في المعونة، ويبين ذلك أيضا توجيهه للقولين، فإنه إنما بدأ بتوجيه القول بنفي الخيار، ويؤيد ذلك أيضا ما نقله الباجي عن القاضي كما تقدم فإنه موافق لما ذكرنا فتأمله. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: ما حكاه المصنف في التوضيح عن المازري فيه إجمال يبينه كلام صاحب الجواهر في حكايته طريقة المازري، ونصه بعد أن حكى كلام القاضي المتقدم: قال الإمام أبو عبد الله: ليس الخلاف [في الغبن[1151]] على الإطلاق إنما هو مقيد بأن يكون المغبون لم يستسلم إلى بائعه ويكون أيضا من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه، وإنما وقع في الغبن [غلطا[1152]] يعتقد أنه غير غالط، فأما إذا علم القيمة فزاد عليها فهو كالواهب أو فعل ذلك لغرض له فلا مقال له، وكذلك إن استسلم لبائعه وأخبره أنه غير عالم بالقيمة فذكر له البائع ما غره به مثل أن يقول أعطيت فيها [كذا[1153]] [أو قيمته كذا[1154]] ويسمى له بائعها منه قال: فهذا ممنوع باتفاق. اهـ.

الثاني: إذا علم ذلك فقول المصنف: "وهل إلا أن يستسلم ويخبره بجهله أو يستأمنه تردد" يقتضي أن في تلك المسألة ثلاث طرق الأولى لا قيام للغبن ولو استسلم وأخبره بجهله، والثانية لا قيام بالغبن إلا إذا استسلم وأخبره بجهله، والثالثة لا قيام بالغبن إلا إذا استأمنه، ولم أقف على الطريقة الأولى إلا إذا حملت طريقة القاضي عبد الوهاب التي ذكرناها عن المعونة والتلقين على إطلاقها وجعل القول الأول فيها هو المشهور ولم أقف على ذلك، فإن قلت قد قال في اللباب: وأسباب الخيار خمسة الأول الغبن. قال في الإكمال: المغابنة بين الناس ماضية [وإن[1155]] كثرت وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، وقيل للمغبون الخيار، ثم ذكر كلام صاحب المقدمات فكلام صاحب الإكمال يقتضي نفي الخلاف مطلقا. قلت: قال القاضي في الإكمال قبل الكلام الذي حكاه صاحب اللباب: غبن المسترسل وهو المستسلم لبيعه ممنوع وله القيام إذا وقع. اهـ ونقله الأبي عنه، وقد اعتمد في الشامل على ظاهر كلام المصنف ولا يصح ذلك، ونصه: وهل للمغبون في بيع وشراء مقال مطلقا أو لغير العارف [أو إن[1156]] وقع على وجه الأمانة والاسترسال كبعني أو اشتر مني مثل الناس لا على وجه المكايسة [أو إن[1157]] أخبره بجهله بالقيمة فقال له هي كذا إلا إن كان عارفا بها، وإلا فقولان خلاف وشهر عدم القيام مطلقا. اهـ فقوله: "وشهر عدم القيام مطلقا" يقتضي ذلك طريقة رابعة فإنه بدأ أولا بطريقة عبد الوهاب على ما نقل في الجواهر والتوضيح، ثم بطريقة ابن رشد، ثم بطريقة المازري، ولا [يحتج[1158]] لإثبات الطريقة الرابعة بقول ابن عبد السلام إثر حكايته الطريقة الثانية في كلام ابن الحاجب، وهي طريقة المازري، والمشهور من المذهب أنه لا قيام بالغبن، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وذهب العراقيون من أهل المذهب إلى القول الثاني. اهـ فإنه أراد المشهور من القولين المحكيين في هذه الطريقة بدليل أنه قال قبل هذا الكلام: وهذه الطريقة أقرب إلى التحقيق. اهـ وكما يفهم ذلك من كلام التوضيح،

الحديث ....

1151 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الجواهر، ج2 ص497.
1152 *– في المطبوع غلط وما بين المعقوفين من الجواهر، ج2 ص497.
1153 *– في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من م185 ويحيى118 وسيد51.
1154 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في الجواهر، ج2 ص497.
1155 *– في المطبوع إن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م185 وسيد51 ويحيى118.
1156 *– في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من الشامل، ج2 ص582.
1157 *– في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من الشامل، ج2 ص582.
1158 *– في المطبوع يحتاج وما بين المعقوفين من م185 ويحيى118 وسيد51.

نص خليل ....

متن الحطاب ولو كان ذلك مراد ابن عبد السلام لنبه على أن تلك طريقة مخالفة لما ذكره ابن الحاجب، وكذلك المصنف في التوضيح ولو فهم أنها طريقة مخالفة لما ذكره ابن الحاجب لنبه على ذلك كما نبه على طريقة ابن رشد فتأمله منصفا، وحكاية المصنف للطريقتين الأخيرتين غير ظاهر؛ لأن كلامه يقتضي أن الثانية منافية [للثالثة[1159]] وليس كذلك، بل هما متفقتان في هذا الوجه الذي يثبت فيه القيام بالغبن كما/ يظهر ذلك من كلام ابن رشد والمازري المتقدم. نعم يتخالفان في الوجه الآخر فإن طريقة المازري تحكي الخلاف في القيام بالغبن، وطريقة ابن رشد تحكي الاتفاق، على أن ابن رشد لم ينف الخلاف مطلقا، بل ذكر ذلك عن بعض البغداديين، إلا أنه لم يعتد [به لضعفه[1160]] عنده فلا منافاة في الحقيقة.

472

الثالث: إذا علم هذا فما ذكره ابن عسكر في العمدة والإرشاد من تشهير القول بالقيام بالغبن مطلقا خلاف المعروف في المذهب، ونص العمدة: ومن باع أو ابتاع فغبن غبنا فاحشا ثبت له الخيار على المشهور، وقال جماعة من الشيوخ إن كان بصيرا بقيمة المبيع فلا خيار له، وقال بعضهم إن استسلم لبائعه ثبت له الخيار وإلا فلا، ومثله ما حكاه في الذخيرة عن الطرطوشي، ونصه: قال الطرطوشي: مذهب مالك الخيار فيما خرج عن المعتاد، فتحصل من هذا أن القيام بالغبن في بيع الاستئمان والاسترسال هو المذهب، وأنه لا قيام به في غيره إما اتفاقا أو على المشهور، فلو قال المصنف ولا بغبن ولو خالف العادة إلا المسترسل لكان مقتصرا على الراجح من المذهب. والله أعلم.

الرابع: قال ابن الحاجب بعد أن حكى ما تقدم: والغبن قيل الثلث وقيل ما خرج عن المعتاد, قال ابن عبد السلام: حيث يكون للمغبون الرجوع بالغبن إما في محل الوفاق أو في محل الخلاف فقيل قدر الغبن في حق البائع أن يبيع بما ينقص عن ثمن المثل الثلث فأكثر وفي حق المشتري أن [يزيد[1161]] على ثمن المثل قدر الثلث فأكثر، وقيل لا يحد بالثلث ولا بغيره من الأجزاء سوى ما دلت العادة على أنه غبن، وظاهر كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- أن هذين القولين في الغبن المتفق على اعتباره [و[1162]]في المختلف في اعتباره، وظاهر كلام غيره أن الغبن المتفق على اعتباره لا يوصل فيه إلى الثلث ولا إلى ما قاربه إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به. انتهى. ونقله في التوضيح، وزاد فقال: وقال ابن القصار: إذا زاد على الثلث فيكون قولا ثالثا. انتهى. وحكى ابن عرفة الثلاثة الأقوال، ويظهر من كلام ابن عبد السلام والتوضيح ترجيح القول بأنه ما خرج عن المعتاد، وصدر به في الشامل وعطف القولين الأخيرين بقيل فقال والغبن ما خرج عن العادة، وقيل الثلث، وقيل ما زاد عليه. انتهى. وعلى أن ما يتغابن به الناس لا قيام به كما تقدم في كلام

الحديث ....

[1159] *- في المطبوع الثانية وما بين المعقوفين من م185 ويحيى118 وسيد51 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والأنسب ان الثالثة منافية للثانية.

[1160] *- في المطبوع يعتد بضعفه عنده وما بين المعقوفين من يحيى118 وسيد51 وفي م185 لم يصدر به.

[1161] *- في المطبوع تزيد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1162] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى118 وم185.

نص خليل ....

متن الحطاب التوضيح، وصرح به في الجواهر فقال: إذا قلنا بإثبات الخيار بالغبن المتفاحش فقد اختلف الأصحاب في تقديره فمنهم من حده بالثلث فأكثر، ومنهم من قال لا حد له وإنما المعتبر فيه العوائد بين التجار؛ فما علم أنه من التغابن الذي يكثر وقوعه بينهم ويختلفون فيه فلا مقال فيه للمغبون باتفاق، وما خرج عن المعتاد فالمغبون فيه بالخيار.

الخامس: مما اتفق فيه على القيام بالغبن ما باعه الإنسان عن غيره. [قال ابن عرفة: قال أبو عمر اتفق أهل العلم أن النائب عن غيره[1163]] في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع ما لا يتغابن به الناس أنه مردود، وكان أبو بكر الأبهري وأصحابه يذهبون إلى أن ما لا يتغابن بمثله هو الثلث فأكثر من قيمة المبيع، وما كان دون ذلك لم يرد فيه البيع إذا لم يقصد إليه ويمضي فيه اجتهاد الوصي والوكيل وأشباههما. ثم قال ابن عرفة: وظاهر قول أبي عمران قدر الغبن في بيع الوصي والوكيل كقدره في بيع من باع ملك نفسه، وكان بعض من لقيناه ينكر ذلك ويقول غبن الوصي والوكيل ما نقص عن القيمة نقصا بينا وإن لم يبلغ الثلث وهو صواب؛ لأنه مقتضى الرواية في المدونة وغيرها كقولها: إذا باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن لم يلزمك.

السادس: إذا قلنا بالقيام بالغبن في مسألة بيع الوصي والوكيل وغيره فهل للقائم نقض البيع أو المطالبة بتكميل الثمن؟ وكيف لو تصرف المبتاع في ذلك ببيع؟ سئل ابن رشد عن يتيم باع عليه وصيه حصته من عقار بموجب بيعه لشريكه فكمل للشريك جميع العقار، ثم باع الشريك نصف جميع العقار ثم رشد اليتيم فأثبت أن عقاره/ يوم بيعه يساوي أمثال ثمنه، فأراد نقض بيعه بذلك في جميع ما بيع عليه والشفعة ممن باع منه شريكه. فأفتى بأن له نقض البيع فيما هو قائم بيد المبتاع من الوصي وهو نصف حصته، لا فيما باعه المبتاع من ذلك فإنه يمضي وله فيه فضل قيمته على ثمنه يوم بيعه لفوته بالبيع؛ لأنه بيع جائز فيه غبن على من بيع عليه يرد ما دام قائما على اختلاف فيه فقد قيل للمبتاع أن يوفي تمام القيمة ولا يرد البيع وإن لم يفت، وقيل يمضي له بقدر الثمن من قيمته يوم البيع.

473

وهذه الأقوال قائمة من العتبية لابن القاسم وسحنون في سماعه من أبي زيد ولها في المدونة نظائر، والنصف المردود على اليتيم حصته إنما ترجع إليه بملك مستأنف لا على الملك الأول فلا شفعة له على المبتاع الثاني لا في بقية حصته ولا فيما ابتاعه من شركاء اليتيم، ولا له على اليتيم شفعة في الحصة المردودة إذ ليس ببيع محض؛ لأن البيع المحض ما تواطأ عليه المتبايعان والمأخوذ منه الحصة هنا مغلوب على إخراجها من يده فهو بيع في حق اليتيم لأخذه له باختياره ونقض بيع في حق المشتري الأول؛ لأنه مغلوب على ذلك، والقول بأن بيع الغبن يفيته البيع واضح؛ لأنه إذا فات البيع الفاسد، وقد قيل إنه ليس ببيع فأحرى بيع الغبن؛ لأنه لا ينتقض إلا باختيار أحدهما، والبيع الفاسد ينتقض جبرا، وهذه مثل مسألة المدونة في بيع المرابحة فيمن أخطأ فباع سلعة مرابحة بأقل من ثمنها فقام على المبتاع قال فيها: له الرجوع في سلعته إن لم تفت، ويفيتها ما يفيت البيع الفاسد،

الحديث ....

[1163] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م185 ويحيى118 وسيد51.

نص خليل وَرُدَّ فِي عُهْدَةِ الثلاَثِ بِكُلِّ حَادِثٍ إلاَّ أَنْ يَبِيعَ بِبَرَاءَةٍ.

متن الحطاب ولا فرق في الغبن عن الأيتام فيما باعه الوصي وبين الغبن على أحد فيما باعه لنفسه فيما يوجبه الحكم في ذلك على القول بوجوب الرجوع بالغبن.انتهى مختصرا باختصار ابن عرفة. وإن خالف في بعض الألفاظ، وتحصل من هذا أن الراجح من الأقوال أن للقائم بالغبن نقض البيع في قيام السلعة، وأما في فواتها فلا نقض، وأن القيام بالغبن يفوت بالبيع. والله أعلم.

السابع: في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذي يخدع في البيوع: {إن بايعت فقل لا [خلابة[1]}[1164]] فكان إذا بايع يقول لا خيابة[2] بالياء موضع اللام، وسيأتي الكلام عليه في التنبيه الذي بعده. زاد بعض رواة الحديث في غير الصحيح: {وأنت في كل سلعة ابتعتها على خيار ثلاث ليال[3]} وقد تجاذب الحديث من قال بالقيام بالغبن ومن لم يقل به، فقال البغداديون قد جعل الخيار للمغبون، وقال غيرهم لم يجعل له الخيار إلا بشرط، [ففيه[1165]] حجة لعدم القيام بالغبن.

الثامن: قال الأبي: وانظر لو قلت هذه الكلمة اليوم في العقد ثم ظهر العيب فقال أحمد بن حنبل يوجب القيام بالغبن، وقال الأكثرون لا يوجب قولها قياما بالغبن، ثم اختلفوا فقيل لأنها خاصة بالرجل، وقيل لأنه أمره أن يشترط ويصدر الشرط بهذه الكلمة حضا على النصيحة فإنه روي أنه قال له قل لا خلابة واشترط الخيار ثلاثة أيام، وقيل أمره بذلك ليعلم من يبيع منه أنه لا بصيرة له فينظر له كما ينظر لنفسه. انتهى. والخلابة بكسر المعجمة وتخفيف اللام والباء الموحدة الخديعة، وقوله في الحديث فكان إذا بايع قال لا خيابة بالياء التحتية لأنه كان ألثغ يخرج اللام من مخرج الياء، ورواه بعضهم بالنون وهو تصحيف، وفي بعض روايات مسلم[4] لا خذابة بالذال المعجمة. قال القاضي عياض: والصواب الأول، وهذا الرجل اسمه حبان بالحاء والباء الموحدة والد يحيى وواسع [ابني[1166]] حبان كان قد بلغ مائة وثلاثين سنة شج في بعض المغازي معه صلى الله عليه وسلم فأصابته مأمومة تغير منها لسانه وعقله. والله أعلم.

ص: ورد في عهدة الثلاث بكل حادث إلا أن يبيع ببراءة ش: قال في المقدمات: وما بيع من الرقيق بغير براءة فمات في الثلاثة أو أصابه مرض أو عيب أو ما يعلم أنه داء فهو من البائع وللمبتاع رده ولا شيء عليه وكذلك إن مات أو غرق أو سقط من حائط أو خنق نفسه كان من البائع في الثلاث ولو جرح أو قطع له عضو كان ما نقصه للبائع ثم يخير/ المبتاع في قبوله معيبا بجميع الثمن أو رده. 474

نص خليل وَدَخَلَتْ فِي الاِسْتِبْرَاءِ وَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِ وَلَهُ الأَرْشُ كَالْمَوْهُوبِ لَهُ إلاَّ الْمُسْتَثْنَى مَالَهُ.

الحديث [1] – عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال إذا بايعت فقل لا خلابة، صحيح البخاري، كتاب البيوع، دار الفجر، القاهرة 2005، رقم الحديث 2117.

[2] – عن عبد الله بن دينار أنه سمع عمر يقول ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بايعت فقل لا خلابة فكان إذا بايع يقول لا خيابة، مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، دار إحياء التراث العربي، بيروت1972، رقم الحديث 1533.

3– اكمال الإكمال، ج5 ص356.

4– اكمال الإكمال، ج5 ص356.

[1164] – في المطبوع خلاية وما بين المعقوفين من ن عدود ص473.

[1165] – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص473 وم184 ويحيى119 وسيد51.

[1166] *– في المطبوع بن وما بين المعقوفين من يحيى119 وسيد51 وم186.

متن الحطاب

قال ابن يونس: وأما إن باعه بالبراءة فمات في الثلاث أو أصابه عيب فهو من المبتاع ولا شيء على البائع، ومن العتبية قال ابن القاسم ما حدث في العبد في الثلاث من زنا أو سرقة أو شرب خمر. ابن المواز: أو إباق فللمبتاع رده بذلك وكذلك إن أصابه حمى أو عمش أو بياض بعينه وما ذهب قبل الثلاث فلا رد له به. قال: أما الحمى فلا يعلم ذهابها وليتأن بها، فإن عاودته بالقرب رده وإن بعد الثلاث لا أزيد وذلك فيها. انتهى. ونص في المدونة قبل الكلام المتقدم على أنه إذا أصابت العبد حمى في الثلاث أو بياض [ذهب[1167]] في الثلاث أنه لا يرد بعد ذلك.

فرع: قال ابن عرفة: في سماع يحيى من ابن القاسم لا يرد العبد بذهاب ما له في الثلاث قال ابن رشد: لأنه لا حظ له في ماله ولو تلف في العهدة وبقي ماله انتقض بيعه وليس لمبتاعه حبس ماله بثمنه. انتهى. وظاهر كلام ابن عبد السلام أن هذا الفرع في المدونة فانظره.

ص: **ودخلت في الاستبراء** ش: يعني أنه إذا اجتمع عهدة الثلاث والاستبراء والمراد به المواضعة فإن عهدة الثلاث تدخل في الاستبراء. قال ابن رشد: هذا إذا أقامت في الاستبراء ثلاث ليال أو أزيد، وأما إن كان للاستبراء أقل من ثلاث فلا بد من تمام عهدة الثلاث ولا تدخل عهدة الثلاث في المواضعة في السنة إنما تكون عهدة السنة بعد مضي الثلاث والاستبراء. قاله في سماع أشهب وحصل ابن رشد في سماع اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يدخل شيء من ذلك فيبدأ بالاستبراء ثم بالثلاث ثم بالسنة وهو قول المشايخ، والثاني أنهن يتداخلن فيكون ابتداء الاستبراء وعهدة الثلاث وعهدة السنة في يوم عقد البيع وهو قول مالك في الواضحة، وقال ابن الماجشون والثالث الاستبراء وعهدة الثلاث يتداخلان فيكونان من يوم البيع وعهدة السنة بعد [تمامهما،[1168]] وهو قول مالك في رسم الأقضية من سماع أشهب، ودليل قوله في هذه الرواية قال: والفرق بين عهدة الثلاث وعهدة السنة أن عهدة الثلاث والاستبراء يتفقان في الضمان من كل شيء بخلاف عهدة السنة.

فرع: وعهدة الثلاث والسنة في بيع الخيار بعد انبرامه. قاله في سماع ابن القاسم ونقله ابن عرفة.

فرع: ولا يحسب اليوم الذي عقد فيه البيع على المشهور. نقله المصنف وابن عرفة وصاحب الشامل وغيرهم.

ص: **والنفقة والأرش كالموهوب له إلا المستثنى ماله** ش: هذا هو الموجود في كثير من النسخ كما ذكره ابن غازي، ويمكن أن يكون خبر النفقة حذف للعلم به، والاستثناء راجع لما وهب له فقط كما قال ابن غازي؛ وقول البساطي ظاهر كلامه أن الاستثناء للجميع ولا يبعد من الروايات خلافه فالصواب ما ذكره ابن غازي والله أعلم واكتفى المصنف بالنفقة عن الكسوة لدخولها فيها كما تقدم في النفقات وقوله: "والأرش" يعني إذا جنى على العبد في أيام العهدة فأرش الجناية للبائع وقد تقدم ذلك في لفظ المدونة وأن للمشتري حينئذ الخيار في قبوله معيبا بجميع الثمن أو رده قال في التوضيح ورأى ابن

نص خليل

وَفِي عُهْدَةِ السَّنَةِ بِجُذَامٍ وَبَرَصٍ وَجُنُونٍ بِطَبْعٍ أَوْ مَسِّ جِنٍّ لاَ بِكَضَرْبَةٍ.

الحديث

[1167] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص474 وم186 ويحيى119 وسيد51.

[1168] *- في المطبوع وم186 تمامها وفي يحيى119 وسيد51 تمامهما.

متن الحطاب أبي زمنين أن البيع يفسخ هنا؛ لأن الحكم للأرش موقوف على البرء لا يعلم أمره فلا يتأتى للمشتري انتفاع بالعبد من أجل وقفه للجناية قال إلا أن يسقط البائع عن الجاني القيام بالجناية فيجوز البيع حينئذ لزوال الوقف [قال[1169]] إلا أن تكون الجناية مهلكة فلا يجوز البيع؛ لأنه بيع مريض بخلاف موته ورد ابن عرفة كلام ابن أبي زمنين بأن المشتري إنما يأخذه بالعقد السابق وقد كان بتا والخيار طارىء فهو كخيار العيب فتأمله وحكى في الشامل كلام ابن أبي زمنين بقيل وقوله كالموهوب أي ما وهب للعبد في عهدة الثلاث وتصدق به عليه يريد أو نما ماله بربح فإنه لبائعه إلا أن يكون المشتري استثنى ماله فإن ذلك للمشتري. هكذا قال في سماع عيسى قال ابن رشد: القياس [أنه[1170]] للبائع يعني ولو/ اشترط المشتري قال: وما قاله ابن القاسم استحسان اهـ والذي في المدونة أن ذلك للبائع لكن قيده الشيوخ بما في سماع عيسى. 475

فرع: لم يتكلم المصنف على غلة العبد في أيام العهدة وقال ابن الحاجب إن الغلة للمشتري على المشهور قال في التوضيح وهو قريب من كلام الجواهر وفي نقلهما نظر؛ لأن في العتبية في الثلاث أو أوصى له به ولم يستثن المشتري ماله فهو للبائع ثم ذكر عن المازري أن القاضي أبا محمد أشار إلى ارتفاع الخلاف في الغلة وأنها للمشتري قال ولو كان المنصوص من هنا أن ذلك للبائع. اهـ وقال ابن عرفة: في الغلة لا أعرف فيها نصا ويجري على نماء ماله بالعطية للبائع، ولابن شاس الغلة لمبتاعه ورأى بعض المتأخرين أنها للبائع؛ لأن الخراج بالضمان اهـ وقال في الشامل وفي الغلة خلاف. والله أعلم.

ص: **وفي عهدة السنة بجذام وبرص وجنون** ش: قال في المدونة: ولو جن في رأس شهر واحد من السنة ثم لم يعاوده لرد لأنه لا يعرف ذهابه ولو جن عنده في السنة ثم انقطع لم يجز بيعه حتى يبين إذ لا يؤمن عودته ولو أصابه في السنة جذام أو برص ثم برىء قبل علم المبتاع به لم يرد إلا أن يخاف عودته أهل المعرفة فيكون كالجنون وليس له رده من الجرب والحمرة وإن انسلخ وورم ولا من البهق في السنة ولو أصابه صمم أو خرس لم يرد إذا كان معه عقله.

فرع: قال ابن عرفة: ولو ظهر في السنة ما شك أهل المعرفة في كونه جذاما كخفة الحاجبين ورفع المبتاع أمره للقاضي ففي الرد به قولان لسماع يحيى من ابن القاسم مع ابن رشد عن محمد وابن حبيب ونقله ابن وهب وأشهب وأصبغ ومحمد مع ابن حبيب عن ابن القاسم وابن كنانة وصوبه ابن رشد والباجي عن ابن وهب وأشهب ولابن الماجشون وأصبغ يريد مما يقضي بعد السنة إذا شك فيه قبل انقضائها، وقال محمد إذا مسه في السنة وعلم أنه لا يظهر إلا بعدها رد به وفي سماع يحيى في البرص كالجذام. اهـ والمسألة في رسم [الكبش[1171]] والأقضية من سماع يحيى من كتاب الرد بالعيوب، وانظر كلام ابن رشد عليها وكلام الباجي في المنتقى. والله أعلم.

الحديث ....

[1169] – ساقطة من المطبوع وسيد52 وما بين المعقوفين من ن عدود ص474 وم186 ويحيى119.
[1170] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص474 وم186 ويحيى119 وسيد52.
[1171] – في المطبوع الكيس وما بين المعقوفين من يحيى120.

نص خليل

إنْ شُرِطَا أَوْ اعْتِيدَا وَلِلْمُشْتَرِي إسْقَاطُهُمَا وَالْمُحْتَمَلُ بَعْدَهُمَا مِنْهُ لاَ فِي مُنْكَحٍ بِهِ أَوْ مُخَالَعٍ أَوْ مُصَالَحٍ فِي دَمِ عَمْدٍ أَوْ مُسْلَمٍ فِيهِ أَوْ بِهِ أَوْ قَرْضٍ أَوْ عَلَى صِفَةٍ أَوْ مُقَاطَعٍ بِهِ مُكَاتَبٌ أَوْ مَبِيعٍ عَلَى كَمُفَلَّسٍ أَوْ مُشْتَرًى لِلْعِتْقِ أَوْ مَأْخُوذٍ عَنْ دَيْنٍ أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوْ وُرِثَ أو وُهِبَ أَوِ اشْتَرَاهَا زَوْجُهَا أَوْ مُوصًى بِبَيْعِهِ مِنْ زَيْدٍ أَوْ مِمَّنْ أَحَبَّ أَوْ بِشِرَائِهِ لِلْعِتْقِ أَوْ مُكَاتَبٍ بِهِ أوِ الْمَبِيعِ فَاسِدًا وَسَقَطَتَا بِكَعِتْقٍ فِيهِمَا وَضَمِنَ بَائِعٌ مَكِيلاً لِقَبْضِهِ بِكَيْلٍ كَمَوْزُونٍ وَمَعْدُود وَالأُجْرَةُ عَلَيْهِ بِخِلاَفِ الإِقَالَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالشَّرِكَةِ عَلَى الأَرْجَحِ فَكَالْقَرْضِ.

متن الحطاب

ص: [إن اشترطا أو اعتيدا[1172]] ش: يريد أو أمر بهما الحاكم وحمل الناس عليهما، ولعل المصنف اكتفى عن ذلك بما [إذا[1173]] اعتيدا.

تنبيه: لا بد في اشتراطها من التصريح بهما ولا يكفي قوله اشترى على عهدة الإسلام فإن المراد بذلك إنما هو ضمان [الدرك[1174]] في العيب والاستحقاق، وقال في النوادر: [قال[1175]] ابن القاسم وإذا كتب الشراء في غير بلد العهدة وله عهدة المسلمين لم ينفعه ذلك إذا لم يجبر فيهم. اهـ. ونقله ابن يونس أيضا.

ص: **وللمشتري إسقاطهما** ش: انظر إذا شرط البائع إسقاطهما حكى في التوضيح هنا عن ابن راشد أن ذلك له، وحكى بعد هذا في الكلام على ثياب مهنة العبد لا يوفي له بالشرط، وعليه اقتصر في المختصر هنا فقال: وهل يوفي بعدمها وقد بسطت القول في ذلك في تحرير الكلام على مسائل الالتزام.

476

ص: **لا في منكح به/ أو مخالع إلى آخره** ش: ذكر في نوازل سحنون من كتاب العيوب غالب هذه النظائر أما المنكح به فمذهب ابن القاسم أنه لا عهدة فيه؛ لأن طريقه المكارمة ويجوز فيه من الغرر والمجهول ما لا يجوز في البيوع، وقد سماه الله نحلة والنحلة ما لم يتعوض عليه، وقال أشهب فيه العهدة قياسا على البيع.

قال مالك: أشبه شيء بالبيوع النكاح، وأما المخالع به فلم يذكر ابن رشد فيه خلافا، بل قال: وأما المخالع به فإنما لم يكن فيه عهدة؛ لأن طريقه المناجزة لأن المرأة لما كانت تملك نفسها بالخلع ملكا تاما ناجزا لا يتعقبه رد ولا فسخ وجب أن يملك الزوج العوض ملكا ناجزا. قال: وأما المصالح به من دم عمد ومثله المأخوذ من دين فإنما لم تكن [فيهما[1176]] عهدة لوجوب المناجزة في ذلك، أما العبد المسلم فيه فيذكر عن ابن حبيب أنه يرى العهدة فيه؛ لأنه مشترى بعينه، وإنما هو ثابت في الذمة بصفة فأشبه العرض، ثم ذكر عن ابن القطان أن العبد إذا كان رأس مال السلم، وهو مراد المصنف بالمسلم[به أنه[1177]] لا عهدة فيه، وهو صحيح؛لأن السلم يقتضي

الحديث

....

[1172] – في المطبوع وإن اشترطا أو اعتيد (وفي سيد52 اشترطتا أو اعتيدتا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص475 وم187 ويحيى120.

[1173] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص475 وم187 ويحيى120 وسيد52.

[1174] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص475 وم187 ويحيى120 وسيد52.

[1175] – في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص475 وم187 وسيد52.

[1176] – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص476 وم187 ويحيى120 وسيد52.

[1177] – في المطبوع فيه لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص476 وم187 ويحيى120 وسيد52.

نص خليل وَاسْتَمَرَّ بِمِعْيَارِهِ وَلَوْ تَوَلَّاهُ الْمُشْتَرِي.

متن الحطاب المناجزة. قال: وهذا قائم من المدونة. قال: وأما العبد المقرض فقال لا اختلاف أنه لا عهدة فيه؛ إذ ليس ببيع والعهدة إنما هي فيما اشترى من الرقيق. قال: وأما العبد المشترى على صفة [فإنما[1178]] لم تكن فيه عهدة لأن وجه البيع يقتضي إسقاطها لاقتضائه التناجز إذا كان الناس يتبايعون الغائب على ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من المبتاع، فإن اشترط الصفقة لم تكن فيه عهدة؛ لأن بيع الصفقة بيع مؤخر قاطع للضمان والعهدة ولم يشترط ذلك فمرة حمل مالك البيع على ذلك، ومرة جعل السلعة في ضمان البائع حتى يقبضها المبتاع فيكون قبضه لها على هذا القول قبضا ناجزا لا عهدة فيه. اهـ. ومعنى كلامه أن البائع إن شرط على المبتاع أن ضمان المبيع منه [إن[1179]] أدركته الصفقة فذلك مقتض لإسقاط الضمان والعهدة إذا أدركته الصفقة، وإن لم يشترط ذلك إذا وصل للمشتري [و[1180]]قبضه كان ذلك مسقطا للضمان والعهدة.

قال: وأما المقاطع به فإنما لم تكن فيه عهدة لأنه إن كان عبدا بعينه فكأنه انتزعه منه وأعتقه وإن كان بغير عينه فأشبه المسلم فيه الثابت في الذمة فسقطت العهدة. قال: وحكى عن ابن حبيب في الواضحة أنه لا عهدة في العبد الموهوب على ذلك، والوجه في ذلك أنه بيع على المكارمة لا على المكايسة، وهو يشبه العبد المنكح به فيدخل فيه من/ الاختلاف ما دخل في العبد المنكح به. قال: وقد اختلف في العهدة في العبد المستقال منه فقال ابن حبيب وأصبغ فيه العهدة، وقال سحنون لا عهدة فيه، وهذا عندي إذا لم ينتقد وأما إن كان انتقد فالعهدة في ذلك قولا واحدا لأنه كالعبد المأخوذ من دين. 477

ص: **واستمر بمعياره ولو تولاه المشتري** ش: قال البرزلي: وسئل ابن رشد عن المكيال إذا امتلأ هل ضمانه من البائع أو من المبتاع؟ وكيف لو صبه في القمع ثم أريق كله أو فضل بعضه في إناء المشتري هل فيه القولان؟ فأجاب ضمانه من البائع ما لم يحصل في إناء المشتري على القول بوجوب التوفية، ولا فرق بين إراقته من المكيال أو القمع، فقال السائل القمع من منافع المشتري تطوع له البائع به، ولو كان الإناء واسعا لم يحتج إلى قمع، فقال وإن كان فإن البائع لما التزم صب القمع له لزمه ما حدث بعده فقال السائل: لو قال له البائع في الإناء الضيق لا أصب حتى تأتي بإناء واسع أو قمع قال: القول قوله، وتعقب غير السائل [التزام[1181]]هذا الحكم الأخير، وقال: الصواب إلزام القمع له [إذا كان[1182]] عرف الناس وعادتهم كما يلزمه إحضار المكيال فيما يكال إذا كان عرف الناس؛ لأن المبتاع ترتب له في ذمة البائع الكيل كما يفعل الناس وألزم المتعقب هذا القول، قال السائل والأول أحب إلي، والفرق أن الكيل يلزم [البائع[1183]] لقوله تعالى: ﴿ فأوفوا الكيل ﴾ والقمع تفضل لا يلزمه إلا أن يلزم نفسه. انتهى. وقال في مختصر فتاوى ابن رشد لابن عبد الرفيع التونسي:

الحديث ....

1178 *- في المطبوع قائما وما بين المعقوفين من يحيى 120 وم187 وسيد52.

1179 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م187 ويحيى120 وسيد52 مدة.

1180 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص476 وم187 ويحيى120 وسيد52.

1181 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي، ج3 ص143.

1182 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م186.

1183 *- في المطبوع المكيل ومابين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد52.

نص خليل وَقَبْضُ الْعَقَارِ بِالتَّخْلِيَةِ وَغَيْرِهِ بِالْعُرْفِ وَضُمِنَ بِالْعَقْدِ إلاَّ الْمَحْبُوسَةَ لِلثَّمَنِ أَوْ لِلإِشْهَادِ فَكَالرَّهْنِ وَإِلاَّ الْغَائِبَ فَبِالْقَبْضِ وَإِلاَّ الْمُوَاضَعَةَ فَبِخُرُوجِهَا مِنَ الْحَيْضَةِ وَإِلاَّ الثِّمَارَ لِلْجَائِحَةِ.

متن الحطاب مسألة: لا يضمن المشتري الزيت حتى يصير في إنائه، ولو صبه البائع في القمع على القول بالتوفية، واختلف المتأخرون إذا قال البائع لا أصب إلا في إناء واسع لا يحتاج إلى قمع هل يكون له ذلك أو لا .انتهى.

فرع: قال سند في باب غسل الجنابة في مسألة وصول الماء لفرج المرأة من غير جماع: مسألة من باع زيتا وأفرغه المبتاع على زيت عنده ثم وجد بعد ذلك في إناء المبتاع فأرة ولم يتحقق من أي الزيتين هي فإنا نحكم به من زيت المبتاع لأنه في وعائه. انتهى.

ص: **وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف** ش: أي وقبض غير العقار مما ليس فيه حق توفية بالعرف، وأما ما فيه حق توفية فقد بين القبض فيه بماذا يكون؟

478 **تنبيهان: الأول:** إنما نبه على القبض في العقار وغيره مما ليس فيه حق/ توفية وإن كان الضمان فيه بالعقد الصحيح كما نبه عليه بقوله عقبه: "وضمن بالعقد" لأنه قدم في آخر فصل البيوع المنهي عنها في الكلام على البيع الفاسد أن الضمان فيه لا ينتقل إلا بالقبض، ولم يبين هنالك القبض بما هو فيه فبينه هنا. والله أعلم.

الثاني: التمكين من القبض هو معنى قول الموثقين أنزله فيه منزلته قال في مختصر المتيطية: ويلزم البائع إنزال المبتاع في البيع فيقول وأنزله فيه منزلته فإن تأخر إنزاله عن وقت البيع أنزله بعد ذلك ومعناه مكنه من قبضه وحوزه إياه. انتهى.

ص: **وإلا المواضعة فبخروجها من الحيضة** ش: تبع رحمه الله في هذا الكلام ابن عبد السلام فإنه قال في قول ابن الحاجب، وقيل لا ينتقل إلا بالقبض كالشيء الغائب والمواضعة ما نصه ليس ذكر المواضعة هنا بالبين؛ لأن [ضمان البائع[1184]] فيها ينتهي إلى خروج الأمة من الحيضة لا إلى قبض المشتري. انتهى. زاد في التوضيح فقال: بل الذي نقل الباجي أن الضمان ينتهي لرؤية الدم. قال [ابن[1185]] القاسم في المدونة: أجاز للمشتري الاستمتاع برؤية الدم. انتهى. وجعل الشارح كلام الباجي خلافا لما ذكره المصنف، وجعل المعتمد ما قاله المصنف، ونصه في الوسط في شرح قول المصنف: "إلا المواضعة": أي فلا يزال ضمان البائع حتى تخرج من الحيضة فحينئذ يضمنها المبتاع، وقال الباجي ينتهي الضمان في حق بائعها إلى رؤية الدم. ثم ذكر بقية كلامه، ونحوه في الكبير والصغير.

قلت: وظاهر كلام المصنف في التوضيح والشارح في شروحه أن الباجي إنما أخذ ذلك من كلام ابن القاسم، وأن المشهور خلافه وليس كذلك، وقد صرح في المدونة في كتاب الاستبراء بأنها تخرج من ضمان البائع برؤية الدم، ونصها: وأكره ترك المواضعة وائتمان المبتاع على الاستبراء فإن فعلا أجزأه

الحديث ....

[1184] - في المطبوع لأن البيع فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص478 وم187 ويحيى121 وسيد52.

[1185] - في المطبوع لابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص478 (وفي م187 ويحيى121 وسيد52 لأن ابن القاسم والتوضيح ج5 ص501).

نص خليل وَبُدِئَ الْمُشْتَرِي لِلتَّنَازُعِ وَالتَّلَفُ وَقْتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ بِسَمَاوِيٍّ يَفْسَخُ وَخُيِّرَ الْمُشْتَرِي إنْ غُيِّبَ أَوْ عُيِّبَ.

متن الحطاب

إن قبضها على الأمانة وهي من البائع حتى تدخل في أول دمها. انتهى. ونقل الباجي ذلك على أنه المذهب، ونصه: إذا [ثبت الاستبراء[1186]] والمواضعة [تقع[1187]] بانقضاء [مدة[1188]] المواضعة وذلك بظهور الحيض، فإن بأول الدم قد خرجت من ضمان البائع وسقطت سائر أحكام المواضعة وتقرر ملك المشتري عليها، وهل يحل له الاستمتاع بها أو لا؟ قال ابن القاسم: ذلك له بأول ما تدخل في الدم، ويجيء على قول أشهب أنه يستحب له أن يؤخر حتى يعلم أن ما رأته من الدم حيضة. انتهى. وقال ابن يونس: قال بعض فقهائنا القرويين وبأول دخولها في الدم صارت إلى ضمان المشتري عند ابن القاسم، وحل له أن يقبل ويتلذذ، وخالف ابن وهب وقال حتى تستمر الحيضة لإمكان انقطاع الدم، فلا تدخل في ضمان المشتري إلا بعد استحقاق الدم واستمراره. انتهى. فتأمله فإنه لم يحك قولا باستمرار الضمان إلى خروجها من الحيضة. والله أعلم.

فرع: وتكون النفقة على البائع في مدة المواضعة كما قاله في الرسالة، ومفهوم قوله: "المواضعة" أن ضمانها إذا لم يكن مواضعة على المشتري ولو كانت في أيام الاستبراء وهو كذلك. قاله الجزولي في الكبير عند قوله في باب العدة: "واستبراء الأمة في انتقال الملك حيضة" ونصه في أثناء تعليل مسألة [وفي الاستبراء[1189]] ضمانها من المشتري/ انتهى.

479

ص: وبدء المشتري للتنازع ش: هذا في غير الصرف، وأما في الصرف فلا يجبر واحد منهما. قال صاحب الطراز: المعقود عليه ثمن ومثمن، فالثمن الدنانير والدراهم وما [عداهما[1190]] مثمنات، فإذا وقع العقد في شيء من المثمنات بشيء من الأثمان فقال ابن القاسم يلزم المبتاع تسليم الثمن أولا. انتهى. وقال قبله إنه إذا وقع العقد على دنانير بدنانير أو على دراهم بدراهم، وقال كل واحد لا أدفع حتى أقبض لم يتعين على واحد منهما وجوب التسليم، وقيل [لهما[1191]] إن تراخى قبضكما فسخ الصرف، وإن كان بحضرة حاكم ففي الدنانير [بالدنانير[1192]]والدراهم بالدراهم يوكل القاضي من يحفظ علاقة الميزان ويأمر كل واحد أن يأخذ عين صاحبه وفي الدراهم بالدنانير يوكل عدلا يقبض منهما ويسلم لهما فيقبض من هذا في وقت قبض هذا، وإن وقع العقد على شيء من المثمنات كعرض بعرض وتشاحا في الأقباض فعلى ما تقدم في الذهب والورق إلا أن العقد لا ينفسخ بتراخي القبض عنه ولا بافتراقهما من مجلسه.انتهى ملخصا. وتقدم كلامه المذكور بأبسط من هذا في أول البيوع في التنبيه الرابع من شرح قول المصنف: "ومؤخر ولو قريبا"، وذكر في التوضيح عن المازري أنه قال لا أعلم في هذه المسألة نصا لمالك ولا للمتقدمين، ثم ذكر كلام ابن القصار، ثم ذكر كلام الزواوي أنه قال في المدونة ما هو نص أو كالنص على تبدئة المشتري، ففي كتاب العيوب: ومن اشترى عبدا فللبائع أن يمنعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن. انتهى. وبحث في ذلك ابن عرفة فقال: كان يجري لنا في البحث دفع دلالة لفظها على تبدئة المبتاع أنها

الحديث

....

[1186] *- في المطبوع ثبت أن الاستبراء وما بين المعقوفين من المنتقى للباجي ج6 ص120.

[1187] *- في المطبوع يقع وما بين المعقوفين من المنتقى للباجي ج6 ص120.

[1188] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م188 ويحيى121 وسيد52.

[1189] *- في المطبوع وفي استبراء وما بين المعقوفين من م188 ويحيى121 وسيد52.

[1190] - في المطبوع عداها وما بين المعقوفين من سيد52 وم188.

[1191] - في المطبوع له وما بين المعقوفين من سيد52 وم188.

[1192] - ساقطة من المطبوع ووردت في سيد52 وم188.

نص خليل أو اسْتُحِقَّ شَائِعٌ وَإِنْ قَلَّ وَتَلَفُ بَعْضِهِ أو اسْتِحْقَاقُهُ كَعَيْبٍ بِهِ وَحَرُمَ التَّمَسُّكُ بِالأَقَلِّ.

متن الحطاب تدل على عدم تبدئة البائع وعدم المقابضة والإقراع والتسليم لعدل، وذلك أعم من تبدية المبتاع أو القول لهما إما أن يتطوع أحدكما أو كونا على ما أنتما عليه. انتهى. ونحوه للبساطي.

قلت: لفظها المتقدم نص في المسألة إذا ضم لقاعدة مقررة؛ وهي أن مقتضى العقد المناجزة في الثمن والمثمون والتأخير فيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرط أو عادة كما نقل ذلك في التوضيح عن المتأخرين في الكلام على بيع الثمار قبل بدو صلاحها، فإذا طلبا المناجزة أو أحدهما وقلنا إن مقتضى عقد البيع الحكم بها في الثمن والمثمون كان لفظها نصا في تبدئة المبتاع فتأمله منصفا. والله أعلم. انظر كلام ابن رشد في رسم الأقضية من سماع أشهب من جامع البيوع وهذا الرسم غير رسم الأقضية الثاني.

تنبيه: علم من كلام صاحب الطراز أنه إذا كان أحد العوضين دنانير أو دراهم والعوض الثاني شيئا من المثمنات عرض أو نحوه أن الثمن هو الدنانير أو الدراهم وما عداها مثمنات، وقال المازري لما تكلم على اختلاف المتبايعين في الثمن والمثمون بعد أن ذكر أحكام اختلافهما في الثمن: وإذا تقررت أحكام الاختلاف في الثمن فإن الاختلاف في المثمون جار عليه؛ إذ لا فرق ها هنا بين ثمن ومثمون بل كل واحد منهما ثمن لصاحبه ومثمون، لكن جرى العرف بتسمية الدنانير والدراهم أثمانا والعروض والمكيلات والموزونات مثمونات. اهـ. والله أعلم.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال في المفيد: وسئل عن الرجل يبيع من الرجل الدابة أو الثوب فزعم المشتري [أنه وجد به عيبا ولم يكن [نقده[1193]] الثمن بعد فأراد المشتري[1194]] أن لا ينقد الثمن حتى يحكم له في العيب بما يحكم، وقال البائع لا أحاكمك فيه حتى [أقتضي[1195]] الثمن فقال ابن مزين: أما إذا كان من العيوب التي يقضي فيها من ساعته فإنه لا ينقده حتى/ يحكم بينهما، وإن كان أمد يتطاول فيه الأيام فإنه يقضى للبائع بأخذ ثمنه ثم يبتدىء المشتري معه الخصومة بعد إن شاء. قال عبد الحق: وبه قال شيوخ القيروان. قال ابن مغيث: وبه مضت الفتيا عند شيوخ قرطبة وغيرها من الأندلسيين، وقد رأيت [أبا المطرف[1196]] يفتي به غير مرة، وحكاه عن خلف بن مسلمة بن عبد الغفور عن أهل المذهب في كتابه المسمى بالاستغناء. اهـ .

480

فرع: قال في النوادر في ترجمة اختلافهما فيما يرد بعيب: وإذا اختلف أهل البصر في الدنانير أو الدراهم فقال بعضهم جياد وبعضهم رديئة فلا يعطى إلا ما يجتمع عليه وما لا يشك فيه وتصير معيبة باختلافهم فيها فليس له أن يعطيه معيبا. اهـ. وسيأتي في باب السلم عند قول المصنف: "وإلا فسد ما يقابله لا الجميع على الأحسن". اهـ.

ص: **واستحق شائع وإن قل** ش: هذا إذا كان لا ينقسم بغير ضرر، وأما ما ينقسم بغير ضرر فلا صرح بذلك في رسم العتق الثاني من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، ونقله ابن عرفة هنا، وقال ابن رشد في رسم يوصي هذه مسألة حسنة بين فيها أن استحقاق اليسير من الأجزاء فيما ينقسم

الحديث ....

1193 *- في المطبوع نقد وفي م188 ويحيى121 وسيد52 نقده.

1194 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص479 وم188 ويحيى121 وسيد52.

1195 *- في المسائل الملقوطة، ص218 أقبض.

1196 - في المطبوع مطرفا وما بين المعقوفين من م188.

نص خليل

إلاَّ الْمِثْلِيَّ وَلاَ كَلاَمَ لِوَاجِدٍ فِي قَلِيلٍ لاَ يَنْفَكُّ كَقَاعٍ وَإِن انْفَكَّ فَلِلْبَائِعِ الْتِزَامُ الرُّبُعِ بِحِصَّتِهِ لاَ أَكْثَرَ وَلَيْسَ لِلْمُشْتَرِي الْتِزَامُهُ بِحِصَّتِهِ مُطْلَقًا وَرُجِعَ لِلْقِيمَةِ لاَ لِلتَّسْمِيَةِ وَصَحَّ وَلَوْ سَكَتَا لاَ إِنْ شَرَطَا الرُّجُوعَ لَهَا وَإِتْلاَفُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ وَالْبَائِعِ وَالأَجْنَبِيِّ يُوجِبُ الْغُرْمَ وَكَذَلِكَ إِتْلاَفُهُ وَإِنْ أَهْلَكَ بَائِعٌ صُبْرَةً عَلَى الْكَيْلِ فَالْمِثْلُ تَحَرِّيًا لِيُوفِيَهُ وَلاَ خِيَارَ لَكَ أَوْ أَجْنَبِيٌّ فَالْقِيمَةُ إِنْ جُهِلَتِ الْمَكِيلَةُ ثُمَّ اشْتَرَى الْبَائِعُ مَا يُوفِي فَإِنْ فَضَلَ فَلِلْبَائِعِ وَإِن نَقَصَ فَكَالاِسْتِحْقَاقِ.

متن الحطاب

كاستحقاق اليسير من المعدود ليس للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق بخلاف استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم هذا يكون للمشتري رد الجميع لضرر الشركة فهي [مفسرة[1197]] لجميع الروايات واليسير النصف فأقل. اهـ. وقال في رسم العتق: وهذا كما قال إن استحقاق العشر من الدار قد يضر ببقية الدار وقد لا يضر، فإن كانت لا تنقسم أعشارا فلا شك أن ذلك ضرر له رد جميعها، وإن انقسمت [ببيت[1198]] يحصل للمستحق [من الدار والمدخل[1199]] والساحة مشتركان، فإن كانت دارا جامعة كالفنادق التي تكرى ويسكنها الجماعة فليس ذلك بضرر فيرجع بقدره من الثمن ولا يرد الجميع وإن كانت دارا للسكنى فذلك ضرر، وأما إن كانت تنقسم بغير ضرر ولا نقصان من الثمن ويصير لكل نصيب حظه من الساحة وباب على حدة فليس ذلك بضرر إلا أن يكون المستحق الثلث فأكثر والدار الواحدة في هذا، بخلاف الدور، لأنه إذا اشترى الدور فاستحق بعضها لا يرد جميعها إلا أن يكون الذي استحق منها أكثر من النصف هذا هو الذي يأتي في هذه المسألة على مذهب مالك؛ لأنه قد نص في المدونة في القسمة منها أن استحقاق ثلث الدار الواحدة كثير. اهـ.

481 ص: إلا المثلي ش: فإنه يجوز للمشتري التمسك بالأقل وإن استحق الأكثر وله/ فسخ العقد عن نفسه، والفرق بين المثلي والمقوم أن ما ينوب المثلي من الثمن معلوم بخلاف المقوم، وقول الشارح في شروحه الثلاثة قوله: "إلا المثلي" أي فإنه يلزم المشتري باقيه بحصته من الثمن سهو؛ لأنه إذا استحق الأكثر لم يلزم المشتري باقيه وإنما له الخيار. قال في المدونة: وصرح بذلك ابن الحاجب وغيره، بل قال في التوضيح: اعترض ابن عبد السلام على ابن الحاجب بأن كلامه يقتضي أن لا خيار له في المثلي باستحقاق النصف وليس كذلك، بل ابن القاسم يخيره بالثلث فأكثر، وفي ابن يونس يخير بالربع .اهـ.

تنبيه: كلام المصنف يقتضي أن استحقاق جل المثلي كوجود العيب بجله وليس كذلك، فإن استحقاق جله يوجب للمشتري الخيار في التمسك بالباقي أو رده ووجود العيب بجله يوجب له الخيار في الرضا بالجميع أو رد الجميع، وليس له التمسك بالسالم ورد المعيب إلا برضا البائع كما سيأتي في قول المصنف: "وليس للمشتري التزامه بحصته مطلقا" وقال في كتاب القسمة من المدونة: "ومن اشترى مائة أردب قمحا فاستحق منها خمسون خير المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده، وإن أصاب بخمسين أردبا منها عيبا أو بثلث الطعام أو بربعه فإنما له أخذ الجميع أو رده وليس له رد المعيب وأخذ الجيد خاصة". اهـ. وصرح بذلك في أول كتاب التدليس بالعيوب من المدونة.

482 ص: وإتلاف البائع والأجنبي يوجب الغرم ش: قال في كتاب الاستحقاق من المدونة: ومن ابتاع/

الحديث ....

[1197] - في المطبوع مفسدة وما بين المعقوفين من ن الزائد ص480.

[1198] *- في المطبوع فمتى وضبب عليها محمد عالي وفي م188 وسيد53 ببيت.

[1199] *- في المطبوع من المدخل والدار وفي يحيى122 وم188 وسيد53 من الدار والمدخل.

نص خليل وَجَازَ الْبَيْعُ قَبْلَ الْقَبْضِ إلاَّ مُطْلَقَ طَعَامِ الْمُعَاوَضَةِ وَلَوْ كَرِزْقِ قَاضٍ أَخِذَ بِكَيْلٍ أَوْ كَلَبَنِ شَاةٍ وَلَمْ يَقْبِضْ مِن نَّفْسِهِ إلاَّ كَوَصِيٍّ لِيَتِيمَيْهِ وَجَازَ بِالْعَقْدِ جُزَافٌ وَكَصَدَقَةٍ وَبَيْعُ مَا عَلَى مُكَاتَبٍ مِنْهُ وَهَلْ إنْ عُجِّلَ الْعِتْقُ تَأْوِيلاَنِ وَإِقْرَاضُهُ أَو وَّفاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ وَبَيْعُهُ لِمُقْتَرِضٍ.

متن الحطاب من رجل طعاما بعينه ففارقه قبل أن يكتاله فتعدى البائع على الطعام فباعه فعليه أن يأتي بطعام مثله، ولا خيار للمبتاع في أخذ دنانير، ولو هلك الطعام بأمر من الله انتقض البيع، وليس للبائع أن يأتي بطعام مثله ولا ذلك عليه. اهـ. وانظر كلام ابن عرفة، وما نقله من سماع عيسى.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: وفي فتاوى القاضي ابن زرب وقد سئل عن رجل ابتاع قمحا [أو شعيرا[1200]] أو رأى [رب[1201]] الطعام وساومه عليه ودفع إليه عربانه، ثم بقي الطعام عند بائعه ولم يحزه المشتري ولا كاله فلما كان إلى أيام ارتفع السعر وغلا فجاء المبتاع يطلب الطعام فأبى البائع أن يدفع إليه الطعام؟ قال: يلزمه البيع فيما عقد معه قليلا كان أو كثيرا، فإن كان قد استهلكه فعليه أن يأتي بمثله اهـ. وفي القباب شرح مسائل ابن جماعة نحو كلام ابن زرب فراجعه، والمسألة في أوائل السلم الثاني من المدونة، وفي نوازل سحنون من جامع البيوع، وفي البرزلي في مسائل البيوع وفي السلم الثالث، وقال في المسائل الملقوطة أيضا قبل المسألة المذكورة: مسألة: من عليه طعام فأبى الطالب من قبضه وبراءة ذمته ومكنه المطلوب [مرارا فأتى من جنى على الطعام قال مالك[1202]]: ليس له المكيلة، وإنما له قيمته يوم عجز عن أخذه، ولم يختلف في هذا من الإحكام بمسائل الأحكام. اهـ.

ص: وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق [طعام[1203]] المعاوضة ش: يعني أن من ملك شيئا بوجه من الوجوه فإنه يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه/ إلا الطعام أي سواء كان ربويا أو غير ربوي المأخوذ بمعاوضة، وإنما قررناه بذلك ليسلم مما أورده على ابن الحاجب، وانظر التوضيح [و[1204]] في كلام ابن عرفة إشارة إلى ذلك، وقال في السلم الثالث من المدونة: وما ابتعت من الطعام بعينه أو بغير عينه كيلا أو وزنا فلا تواعد فيه أحدا قبل قبضه، ولا تبع طعاما تنوي أن تقضيه من هذا الطعام الذي اشتريت. اهـ. وقال القرافي في الفرق [الثامن[1205]] والتسعين والمائة: قال صاحب الجواهر: لا [يفت[1206]] شيء من التصرفات [على[1207]] القبض [إلا[1208]] البيع فيمنع بيع الطعام قبل قبضه. اهـ.

تنبيه: قبض الوكيل كقبضه فيجوز له البيع به. قال في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى

483

الحديث

[1200] – في المطبوع وشعيرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص482 وم189 ويحيى122 وسيد53.

[1201] – ساقط من المطبوع وسيد53 (وفي م189 ويحيى122 أو رأى زي الطعام) وما بين المعقوفين من ن عدود ص482.

[1202] *– الذي في مطبوعة المسائل الملقوطة، ص47 (مرارا فأبا حتى غلي الطعام قال مالك الخ).

[1203] *– في المطبوع كطعام وما بين المعقوفين من م180 ويحيى122 وسيد53.

[1204] – في المطبوع أو وما بين المعقوفين من م189.

[1205] *– في المطبوع الثاني وسيد53 الثاني وفي م189 ويحيى122 الثامن.

[1206] *– في المطبوع يفت وضبب عليها محمد عالي وفي م189 ويحيى 122 وسيد53 وجواهر ابن شاس ج2 ص504 يقف.

[1207] *– في المطبوع و م189 ويحيى122 وسيد53 قبل وما بين المعقوفين من فروق القرافي ج3 ص1067.

[1208] *– في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من م189 ويحيى122 وسيد53.

نص خليل وَإِقَالَةٌ مِنَ الْجَمِيعِ وَإِنْ تَغَيَّرَ سُوقُ شَيْئِكَ لاَ بَدَنُهُ كَسِمَنِ دَابَّةٍ وَهُزَالِهَا بِخِلاَفِ الأَمَةِ.

متن الحطاب 484

من كتاب السلم والآجال في أول رسم من سماع أشهب من البضائع والوكالات ما ظاهره خلاف ذلك، وتكلم على ذلك ابن رشد، وتقدم كلامه وكلام السماع في آخر فصل جاز لمطلوب منه سلعة. والله/ أعلم.

ص: **وإقالة من الجميع** ش: كلامه رحمه الله تعالى في الطعام فقال إنه يجوز الإقالة [في[1209]] الطعام من جميعه قبل قبضه، واحترز بذلك من الإقالة من بعض الطعام قبل قبضه فإنه لا يجوز، ونحوه في مسائل ابن جماعة. قال القباب في باب بيع الطعام قبل قبضه: الشرط الثاني أن تكون الإقالة على جميع الطعام ولا يختص هذا الشرط بالطعام بل بجميع الأشياء إذا أسلم فيها. اهـ. ويشير إلى قوله في كتاب السلم الثالث من المدونة "ومن أسلم إلى رجل دراهم في طعام أو عرض أو في جميع الأشياء فأقاله بعد الأجل أو قبله من بعض وأخذ بعضا لم يجز ودخله فضة نقدا بفضة وعرض إلى أجل وبيع وسلف مع ما في الطعام من بيعه قبل قبضه". اهـ. لكن إنما تمتنع الإقالة من بعض الطعام إذا كان رأس المال مما لا يعرف بعينه، وكانت الإقالة بعد التفرق والغيبة على رأس المال، وأما قبل ذلك فيجوز.

قال في المدونة في أواخر السلم الثاني في ترجمة الرجل يسلف في ثوب إلى أجل ما نصه: وإذا كان رأس المال عينا أو طعاما أو ما لا يعرف بعينه فقبضه البائع وغاب عليه فلا يجوز أن [تأخذ[1210]] بعد الأجل [أو قبله[1211]] نصف رأس المال ونصف سلمك؛ لأنه بيع وسلف ما ارتجعت من الثمن فهو سلف، وما أمضيت فهو بيع؛ وإن لم تفترقا جاز أن تقبله من بعض وتترك بقية السلم إلى أجل. اهـ. قال ابن يونس: وكأن البيع إنما وقع على ما بقي. ثم قال في المدونة: فأما بعد التفرق فلا تأخذ منه إلا ما أسلمت فيه أو رأس مالك. ثم قال فيها: وإن كان رأس المال عروضا تعرف بعينها أسلمتها في خلافها من عروض أو حيوان أو طعام فأقلته من نصف ما أسلمت فيه على أن تأخذ نصف رأس مالك بعينه بعد أن تفرقتما أو قبل جاز ذلك حل الأجل أو لا. اهـ.

وقال الرجراجي في المسألة الثانية من كتاب السلم الثالث من المدونة: إذا أقاله من بعض ما عليه من الطعام، فإن كان ذلك قبل الغيبة على رأس المال فلا إشكال في الجواز وإن كان بعد الغيبة [عليه[1212]] فإن كان مما يعرف بعد الغيبة جاز ذلك أيضا، وإن كان مما لا [يعرف بعد[1213]] الغيبة عليه فلا تجوز الإقالة؛ لأن ذلك بيع وسلف. اهـ. وفي كتاب بيوع الآجال من المدونة: وإن بعت منه عبدين أو ثوبين بثمن إلى أجل جاز أن تقيله من أحدهما وإن غاب عليهما ما لم يتعجل ثمن الآخر قبل أجله أو تؤخره إلى أبعد من أجله، وإن كان طعاما لم يجز أن تقيله من بعضه إذا غاب عليه حل الأجل أو لا، فإن لم يغب عليه أو غاب بحضرة بينة جاز ذلك ما لم ينقدك إلا ثمن باقيه أو يعجله لك قبل محله فيصير قد

الحديث ....

[1209] *- في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود484.

[1210] *- في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من م189 ويحيى122.

[1211] *- في المطبوع وقبله وفي يحيى122 وم189 وسيد53 أو قبله.

[1212] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص484 وم189 ويحيى122 وسيد53.

[1213] - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص484 وم189 ويحيى122 وسيد53.

نص خليل

وَمِثْلُ مِثْلِيك إلاَّ الْعَيْنَ وَلَهُ دَفْعُ مِثْلِهَا وَإِنْ كَانَتْ بِيَدِهِ وَالإِقَالَةُ بَيْعٌ إلاَّ فِي الطَّعَامِ وَالشُّفْعَةِ وَالْمُرَابَحَةِ وَتَوْلِيَةٌ وَشِرْكَةٌ.

متن الحطاب

عجل لك دينارا على أن ابتعت منه بيعا ويدخله طعام وذهب نقدا بذهب مؤجل. اهـ.

فرع: نقل [القباب[1214]] قبل كلامه المتقدم أن الإقالة من بعض الطعام بعد قبضه جائزة وهو ظاهر، وإذا جازت في الطعام فغيره أحرى. والله أعلم.

فرع: يشترط في الإقالة من الطعام قبل قبضه أن لا يقارنها بيع كما ذكره ابن غازي عن ابن يونس في قول المصنف في باب العرايا: "ولا يجوز أخذ زائد عليه معه بعين على الأصح".

تنبيه: شرط الإقالة من الطعام قبل قبضه والتولية فيه والشركة تعجيل الثمن كما في المدونة، وهذا يفهم من قول المصنف بعد هذا: "والأضيق صرف الخ"

فرع: قال البرزلي في أوائل مسائل العارية لما ذكر الخلاف في حمل العارية ما نصه: عن أبي حفص العطار إذا باع سلعة لها أجل فحملها ثم تقايلا فإن سأل البائع الإقالة فالحمل عليه وإن كان المشتري هو السائل في الإقالة فعلى المشتري حملها حتى يردها إلى الموضع الذي حملها منه. قال البرزلي: وعليه تجري مسألة تقع اليوم وهو ما/ إذا أقاله في أصل باعه إياه، وقد كان دفع أجرة السمسار فمن طلب الإقالة فالأجرة عليه، وأما البيع الفاسد فحملها أولا وآخرا على المشتري، وسواء دلس البائع أم لا ثم ذكر كلاما فيه تصحيف يدل على [أن[1215]] الحمل في الرد بالعيب على المشتري فراجعه. والله أعلم.

485

ص: **ومثل مثليك إلا العين** ش: هذا في السلم وأما في البيع فتجوز الإقالة على مثل المثلي. قاله في أواخر السلم الثاني من المدونة، ونصه: وكل ما ابتعته مما يوزن أو يكال من طعام أو عرض فقبضته فأتلفته فجائز أن تقيله منه وترد مثله بعد علم البائع بهلاكه وبعد أن يكون المثل حاضرا عندك وتدفعه إليه بموضع قبضه منه وإن حالت الأسواق. اهـ.

ص: **والإقالة بيع إلا في الطعام والشفعة والمرابحة** ش: اختلف في الإقالة هل هي حل بيع أو بيع مبتدأ؟ والمشهور ما ذكره المصنف أن الإقالة بيع من البيوع إلا في الطعام فليست ببيع وإنما هي حل للبيع السابق، ولذلك جازت الإقالة منه قبل قبضه وإلا في الشفعة أيضا، وذلك أن من باع حصة من عقار مشترك فللشريك الأخذ بالشفعة ولو تعدد البيع مرة بعد أخرى وله الخيار في الأخذ بأي بيع شاء وعهدة الشفيع على المشتري الذي يأخذ منه، فلو أقال المشتري البائع أعني مالك الحصة أولا فإن ذلك لا يسقط الشفعة، واختلف قول مالك في العهدة: فمذهب المدونة أنه لا خيار للشفيع وإنما عهدته على المشتري، وبه أخذ محمد وابن حبيب، وقال مرة يخير فإن شاء جعلها على المشتري أو البائع. أشهب: وسواء كان المستقيل هو المشتري أو البائع، واستشكل مذهب المدونة بأن الإقالة إما حل بيع فيلزم منه بطلان الشفعة، أو ابتداء بيع فيخير الشفيع ،كما لو تعدد البيع من غير البائع فلا وجه للحصر في المشتري، وأجيب باختيار الأول، وإنما ثبتت الشفعة وكانت العهدة على المشتري/

486

الحديث

....

1214 *- في م189 في القباب.

1215 *- ساقطة من المطبوع وقد ورد في م189 ويحيى123 وسيد53 أن.

نص خليل
....

متن الحطاب
لأنهما يتهمان في قطع شفعة الشفيع. قاله في باب الشفعة من التوضيح.

قلت: فيكون معنى ما اختير أن الإقالة في الشفعة أنها ملغاة، ولا يلتفت إليها ولا يحكم عليها بأنها حل بيع ولا ابتداء بيع. والله أعلم. وقوله: "وإلا في المرابحة ليست ببيع" وذلك أنهم قالوا فيمن أراد أن يبيع السلعة مرابحة وكان قد باعها قبل ذلك ثم استقاله المشتري منها يجب عليه أن يبين ذلك بخلاف لو باعها ثم ملكها باشتراء فإنه لا يجب عليه بيانه، وكذا لو كانت الإقالة بزيادة في الثمن أو نقص. والله أعلم.

تنبيه: وقع في كلام بعضهم أن الإقالة لا تكون إلا بلفظ الإقالة، ومرادهم -والله أعلم- فيما إذا وقعت في الطعام قبل قبضه، وأما في غيره فهي بيع من البيوع ينعقد بما يدل على الرضا، فيظهر ذلك بجلب كلام المدونة وكلام الشيوخ عليها. قال في السلم الثالث من المدونة في ترجمة الشركة والتولية: وإن أسلمت إلى رجل في طعام ثم سألك أن توليه ذلك ففعلت جاز ذلك إذا نقدك، وتكون إقالة، وإنما التولية لغير البائع. قال أبو الحسن: قال عياض: فأجاز الإقالة بغير لفظها وهم لا يجيزونها بلفظ البيع. ابن محرز: لأن لفظ التولية لفظ رخصة ولفظ الإقالة مثله فعبر بأحدهما عن الآخر بخلاف البيع. اهـ. وقال في المدونة بعد ذلك: وإن أعطاك بعد الأجل عينا أو عرضا فقال لك اشتر به طعاما وكله ثم اقبض حقك منه لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس المال ذهبا أو ورقا فيعطيك مثله صفة ووزنا فيجوز بمعنى الإقالة. قال الشيخ: قال عبد الحق: انظر في هذا السؤال أجاز دفع مثل رأس المال في الطعام وجعله كالإقالة وهنا لم يلفظ بلفظ الإقالة فهل هذا يضعف ما قيل من أنه إذا قيل له بعني هذا الطعام الذي قبلي بعشرة دنانير أنه لا يجوز حتى يلفظ بلفظ الإقالة أليس في المسألة التي قدمنا قد دفع إليه مثل رأس ماله ليشتري به طعاما فيقبضه فأين لفظ الإقالة من هذا؟ وقد أجاز مالك لما كان محصول ذلك كالإقالة لأنه دفع رأس المال سواء إلا أن يسامح هذا لأنا لا ندري هل يمسك ذلك لنفسه، أو لا يمسكه فإنما هو باب تهمة ولسنا على حقيقة من ذلك؟ ألا ترى أنه إذا صح [أنه اشترى[1216]] مضى ذلك ونفذ بينهما وليس كتركهما لفظ الإقالة وانفصالهما على البيع؟.انتهى. وقد ذكر ابن فرحون في تبصرته في الكلام بين ألفاظ حكم العقود التي تفتقر للصيغة ولم يذكر الإقالة [فيها[1217]]، وذكر في المسائل الملقوطة كلامه ولم يزد عليه.

مسألة: قال البرزلي [في أوائل البيوع: [1218]] وسئل المازري عمن باع أرضا ثم استقاله فأقاله على أنه متى باعها كان أحق بها [بالثمن[1219]] الأول فباعها فأراد المشتري الأول فسخ البيع والأخذ بشرطه؟ فأجاب: اختلف المذهب في ذلك: ففي العتبية له شرطه، والمشهور فسادها؛ لما فيها من التحجير وهي بيع من البيوع، فإن [نزل[1220]] فسخت الإقالة، وإن طال ذلك وفاتت الأرض بالبيع مضى البيع

الحديث
....

[1216] – في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص486 وم190 ويحيى123 وسيد53.

[1217] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م190.

[1218] *– في المطبوع البرزلي وسئل وما بين المعقوفين من م190 ويحيى123 وسيد53.

[1219] *– في المطبوع من الثمن وما بين المعقوفين من م190 ويحيى123 وسيد53.

[1220] *– في المطبوع ترك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م190 وسيد54 ويحيى123.

نص خليل

إن لَمْ يَكُنْ عَلَى أَنْ يَنْقُدَ عَنْكَ وَاسْتَوَى عَقْدَاهُمَا فِيهِمَا وَإِلاَّ فَبَيْعٌ كَغَيْرِهِ وَضَمِنَ الْمُشْرَكُ الْمُعَيَّنَ وَطَعَامًا كِلْتَهُ وَصَدَّقَكَ وَإِنْ أَشْرَكَهُ حُمِلَ وَإِنْ أَطْلَقَ عَلَى النِّصْفِ وَإِنْ سَأَلَ ثَالِثٌ شَرِكَتَهُمَا فَلَهُ الثُّلُث وَإِنْ وَلَّيتَ مَا اشْتَرَيْتَ بِمَا اشْتَرَيْتَ جَازَ إن لَّمْ تُلْزِمْهُ وَلَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ رَضِيَ بِأَنَّهُ عَبْدٌ ثُمَّ عَلِمَ بِالثمَنِ فَكَرِهَ فَذَلِكَ لَهُ وَالأَضْيَقُ صَرْفٌ ثُمَّ إقَالَةُ طَعَامٍ ثُمَّ تَوْلِيَة وَشَرِكَة فِيهِ ثُمَّ إقَالة عُرُوضٍ وَفَسْخُ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ ثُمَّ بَيْعُ الدَّيْنِ ثُمَّ ابْتِدَاؤُهُ.

متن الحطاب

وفاتت الإقالة، لأنه صحيح. انتهى بلفظه. والمسألة في سماع أشهب من جامع البيوع، وفي التوضيح وابن عبد السلام وبهرام الكبير في باب الصداق في مسألة من أسقطت من صداقها شيئا [بعد[1221]] العقد على أن لا يتزوج عليها زوجها أو نحو ذلك.

ص: إن لم يكن على أن ينقد عنك ش: قال اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى سلعة ثم سأله رجل أن يشركه فيها فقال أشركتك على أن تنقد عني: لم يجز، وهو بيع وسلف، فإن نزل فسخ إلا أن يسقط السلف، فإن كان السلف من المشتري فقال اشتر [واسلفني وانقد عني أو قال اشتر واشركني، ثم بعد انعقاد الشراء قال انقد عني جاز ذلك في كل شيء [الصرف[1222]] والطعام والعروض وبيع النقد والاجل؛ لأن الشراء انعقد عليهما.[1223]] انتهى.

487 ص: واستوى عقداهما ش: أي في قدر ثمن وبقية أجل/ وغيرهما من رهن أو حميل وإلا فبيع. قاله في الشامل.

ص: كغيره ش: يعني أن غير الطعام حكمه حكم الطعام في أنه لا يجوز أن تولي أو تشرك أحدا على أن ينقد عنك، وفي أنه لا يكون تولية وشركة إلا إذا استوى العقدان وإلا فهو بيع مؤتنف.

ص: وإن أشركه حمل [إن[1224]] أطلق على النصف ش: انظر المسألة في رسم سن من سماع ابن القاسم من الشركة فإنها مبسوطة هناك. والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع ابن القاسم أيضا فإنه تكلم على المسألة التي بعدها، وهي قوله: وإن سأل سادس شركتهما.

ص: والأضيق صرف ثم إقالة طعام ثم تولية وشركة فيه ثم إقالة عروض وفسخ الدين في الدين ثم بيع الدين ثم ابتداؤه ش: أصل هذا الكلام لابن محرز في تبصرته، وعنه نقله المصنف في توضيحه قبل بيع المرابحة، ونقله عنه ابن عرفة في الكلام على الإقالة، ونص كلام ابن محرز في كتاب السلم الثالث من تبصرته في ترجمة الإقالة: قلت وأضيق هذه الأحكام كلها في القبض أمر الصرف ثم الإقالة من الطعام [أو التولية[1225]] فيه ثم الإقالة من العروض وفسخ الدين في الدين ثم بيع الدين المتقرر في الذمة، وعن ابن المواز في بيع الدين أنه لا بأس أن يتأخر ثمنه اليوم واليومين حسبما يتأخر

الحديث ....

[1221] – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص486 وم190 ويحيى123 وسيد53.
[1222] *– في المطبوع التصرف وما بين المعقوفين من م190 ويحيى123 وسيد53.
[1223] – في المطبوع واشركني ثم بعد انعقاد الشراء العقد عليها انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص486 ويحيى123 وسيد53.
[1224] – في المطبوع وإن وم190 ويحيى123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص487 وسيد53.
[1225] – في المطبوع والتولية وما بين المعقوفين من سيد54 وم150 ويحيى124.

نص خليل ....

متن الحطاب

رأس المال في السلم. انتهى. وفيه مخالفة لكلام المصنف حيث جعل التولية في الطعام مع الإقالة منه في مرتبة واحدة، والمصنف عطفها بثم، وأيضا فلم يذكر الشركة في الطعام ولكن أمر الشركة والتولية واحد، ونقل ابن عرفة كلامه كما ذكرنا عن تبصرته إلا أنه عطف التولية في الطعام على الإقالة منه بالواو، وكذا نقله عنه أبو الحسن وهو في التبصرة [بأو[1226]]، ونقل المصنف كلامه في/ التوضيح بثم كما في مختصره، ولم يذكر أحد عنه الشركة في الطعام وإنما ذكرها المصنف -والله أعلم- في مختصره؛ لأن حكمها حكم التولية، وإذا كان كذلك فلا إشكال في أن الصرف أضيق الأبواب. قال اللخمي: المعروف من المذهب أن الإقالة أوسع من الصرف، وأنه تجوز المفارقة في الإقالة ليأتي بالثمن من البيت أو ما قارب ذلك، والتولية وبيع الدين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرط بغير خلاف.

488

واختلف هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين. انتهى. واعلم أن الذي يظهر أنه لا فرق بين الإقالة من الطعام والتولية فيه والشركة فيه وإقالة العروض وفسخ الدين وبيع الدين على المشهور، وإنما تفترق في كون بعضها فيه الخلاف وبعضها لا خلاف فيه. نعم هذه أخف من الصرف، وأما ابتداء الدين فهو أوسع منه، ومما يدل على أن الإقالة من الطعام أخف من الصرف أنه قال في المدونة: إذا أقلته ثم أحالك بالثمن على شخص فقبضته قبل أن تفارق الذي أحالك جاز، وإن فارقته لم يجز، وإن وكل البائع من يدفع لك الثمن أو وكلت من يقبض لك وذهبت وقبضه الوكيل مكانه جاز. انتهى. وهذا كله لا يجوز في الصرف. انتهى.

وقال في أوائل كتاب السلم الثالث من المدونة: قال مالك وإن أسلمت إلى رجل في حنطة أو عرض ثم أقلته أو وليت ذلك رجلا أو بعته إن كان مما يجوز لك بيعه لم يجز لك أن تؤخر بالثمن من وليته أو أقلته أو بعته يوما أو ساعة بشرط أو بغير شرط؛ لأنه دين في دين ولا تفارقه حتى تقبض الثمن كالصرف، ولا يجوز أن تقيله من الطعام أو تفارقه قبل أن تقبض رأس المال ولا على أن يعطيك به حميلا أو رهنا أو يحيلك به على أحد أو يؤخر به يوما أو ساعة؛ لأنه يصير دينا في دين، وبيع الطعام قبل قبضه، فإن أخرك به حتى طال ذلك انفسخت الإقالة وبقي البيع بينكما على حاله، وإن نقدك قبل أن تفارقه فلا بأس به. انتهى. فعلم من هذا أن الإقالة من الطعام ومن العروض والتولية وبيع الدين حكمها سواء؛ لأنه صرح به والشركة حكمها حكم التولية بلا إشكال، وفسخ الدين في الدين هو أشد من بيع الدين فيكون حكم الجميع واحدا على مذهب المدونة فتأمله.

تنبيه: واعلم أن هذا في الإقالة من الطعام قبل قبضه والعرض المسلم فيه، وأما في البيع المعين فيجوز فيه التأخير. قال في المدونة قبل المسألة المتقدمة: وإن ابتعت من رجل سلعة بعينها ونقدته ثمنها ثم أقلته وافترقتما قبل أن تقبض رأس مالك وأخرته به إلى سنة جاز؛ لأنه بيع حادث، والإقالة تجري مجرى البيع فيما يحل ويحرم. انتهى.

الحديث ....

[1226] - في المطبوع باق وما بين المعقوفين من يحيى124.

نص خليل

فصل وَجَازَ مُرَابَحَةً وَالأَحَبُّ خِلاَفُهُ وَلَوْ عَلَى مُقَوَّمٍ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ كَانَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي تَأْوِيلاَنِ وَحُسِبَ رِبْحُ مَالَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ كَصَبْغٍ وَطَرْزٍ وَقَصْرٍ وَخِيَاطَةٍ وَفَتْلٍ وَكَمْدٍ وَتَطْرِيَةٍ وَأَصْلُ مَا زَادَ فِي الثَّمَنِ كَحُمُولَةٍ وَشَدٍّ وَطَيٍّ اعْتِيدَ أُجْرَتُهُمَا وَكِرَاءُ بَيْتٍ لِسِلْعَةٍ وَإِلاَّ لَمْ يُحْسَبْ كَسِمْسَارٍ لَّمْ يُعْتَدْ إِنْ بَيَّنَ الْجَمِيعَ أَوْ فَسَّرَ الْمُؤْنَةَ فَقَالَ هِيَ بِمِائَةٍ أَصْلُهَا كَذَا وَحَمْلُهَا كَذَا أَوْ عَلَى الْمُرَابَحَةِ وَبَيَّنَ كَرِبْحِ الْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ وَلَمْ يُفَصِّلاَ مَا لَهُ الرِّبْحُ.

متن الحطاب

ص: **فصل: وجاز مرابحة والأحب خلافه** ش: يعني أنه يجوز البيع حال كونه مرابحة، ومعناه أن يبيع السلعة بثمن مرتب على الثمن الذي اشتراها به إما بزيادة عليه أو بنقص عنه وقد/ يساويه، ولهذا قال ابن عرفة: بيع مرتب ثمنه على ثمن [بيع تقدمه[1227]] غير لازم مساواته له. قال: فخرج بالأول؛ يعني قوله: "مرتب" ثمنه على ثمن مبيع يعقبه بيع المساومة والمزايدة والاستئمان، وبالثاني وهو قوله: غير لازم مساواته له الإقالة والتولية والشفعة والرد بالعيب على القول بأنه بيع.

489

قلت: وقول الشارح: هو أن يبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه غير جامع لخروج ما بيع بوضيعة، ونحوه قول التوضيح معناه أنه يخبر البائع المشتري بما اشترى السلعة به ثم يفيده شيئا. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام، وكأنهم تكلموا على ما هو الأغلب كما يظهر من تسمية هذا البيع مرابحة. والله أعلم. وقوله: "والأحب خلافه: إن أراد به كلام ابن عبد السلام فهو مخالف له كما قال الشارح؛ إذ ظاهر كلام المصنف العموم لكل الناس، وظاهره ولو مرة، وابن عبد السلام إنما حكى عمن لقي من شيوخه أنه يكره للعامة الإكثار منه، ويحتمل أن يكون أراد به قول ابن رشد البيع على المكايسة والمماكسة أحب إلى أهل العلم وأحسن [عندهم.[1228]] والله أعلم.

ص: **وحسب ربح ماله عين قائمة كصبغ إلى آخره** ش: قال الشارح بعد حله كلام المصنف: قال في النكت:/ فإن كان هو يتولى الطرز والصبغ بنفسه لم يحسب، ويحسب له الربح، لأنه [يصير[1229]] كمن وظف ثمنا على [سلعته[1230]] باجتهاده. اهـ. ولفظ النكت: واعلم أنه لو كان هو يتولى الطرز والصبغ ونحو ذلك لم يجز أن يحسبه ويحسب له الربح، لأنه يصير كمن وظف على [سلعته ثمنا[1231]] باجتهاده، وإنما يصح ما ذكره في الكتاب إذا كان قد استأجر على ذلك [لا أنه[1232]] هو الذي فعل ذلك وهو أبين فاعلمه. اهـ. وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا وإنما يصح ما ذكره في الكتاب في أن الصبغ والخياطة والقصارة يحسب في أصل الثمن ويضرب له الربح إذا

490

الحديث

....

1227 - في المطبوع مبيع يعقبه ويحيى124 وسيد54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص489.

1228 - في المطبوع عنده وما بين المعقوفين من ن عدود ص489 وم191 ويحيى124.

1229 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191.

1230 *- في المطبوع سلعة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191.

1231 *- في المطبوع سلعة باجتهاده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191.

1232 *- في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191.

نص خليل وَزِيدَ عُشْرُ الْأَصْلِ وَالْوَضِيعَةُ كَذَلِكَ لَا أَبْهَمَ كَقَامَتْ عَلَيَّ بِكَذَا أَوْ قَامَتْ بِشَدِّهَا وَطَيِّهَا بِكَذَا وَلَمْ يُفَصِّلْ وَهَلْ هُوَ كَذِبٌ أَوْ غِشٌّ تَأْوِيلَانِ وَوَجَبَ تَبْيِينُ مَا يُكْرَهُ كَمَا نَقْدَهُ وَعَقْدَهُ مُطْلَقًا.

متن الحطاب كان قد استأجر غيره على ذلك وأما لو كان هو الذي عمل [ذلك[1233]] [بيده[1234]] أو عمل له غيره ولم يؤد فيه أجرة لم يجز أن يحسبه ويحسب له الربح إلا أن يبين ذلك كله، وإلا فهو كمن وظف على سلعة اشتراها [وثمنا[1235]] أو رقم على سلعة ورثها أو وهبت له ثمنا. اهـ.

ص: **وزيد نصف عشر الأصل والوضيعة كذلك** ش: اعلم أن لفظ نصف وقع في بعض النسخ وهو سهو، والصواب وزيد عشر الأصل والوضيعة كذلك وعلى هذا شرح الشيخ بهرام فقال في المثال الذي [ذكره[1236]] هو كربح العشرة أحد عشر، [وأما في قوله: كربح العشرة [اثني[1237]] عشر فيزاد خمس الأصل. انتهى. وهكذا قال ابن الحاجب ونصه: فلو قال بربح العشرة أحد عشر[1238]] [فزيادة[1239]] عشر الأصل. قال في التوضيح: مدلولها عرفا ما ذكره المصنف وأما [لغة[1240]] فإن [لربح[1241]] كل عشرة أحد عشر. اهـ. ثم قال الشارح: فعلى هذا [قوله: "و[1242]]الوضيعة كذلك" أي

491 فيأخذ عن كل أحد عشر/ عشرة. اهـ. وظاهر قول المصنف: "والوضيعة كذلك" أنه إذا باع بوضيعة أحد عشر فإنه ينقص عشر الأصل وليس كذلك، بل كما قال الشارح. قال ابن الحاجب: وبوضيعة العشرة أحد عشر بنقص جزء من أحد عشر من الأصل على الأصح.

ص: **وهل هو كذب أو غش تأويلان** ش: أي وهل هو كذب فيلزم المشتري إن حط البائع القدر الزائد أو غش فلا يلزم المشتري، وإن حط عنه البائع ذلك المقدار تأويلان للشيوخ على المدونة.

ص: **ووجب تبيين ما يكره كما نقده وعقده مطلقا** ش: أي وجب على البائع مرابحة تبيين ما يكره في السلعة كما في غير المرابحة. قال في الجواهر: يلزمه الإخبار عن كل ما لو علم المبتاع به لقلت رغبته في الشراء. قال ابن عرفة: ويجب [ذكر[1243]] ما لو علم [قلت[1244]] غبطة المشتري فيها لو رضي عيبا اطلع عليه لم يكف بيانه حتى يذكر شراءه على السلامة، وكما يجب بيان ذلك فيجب بيان ما نقده أي سلمه في [ثمن[1245]] السلعة وما عقده فيها في أصل [البيع[1246]] أي اشتراها به

الحديث ....

[1233] - في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن عدود ص490 وم191 ويحيى124.

[1234] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م191 وسيد54 ويحيى124.

[1235] *- في المطبوع وثمنها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191.

[1236] *- في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من م191 ويحيى124 وسيد54.

[1237] *- في المطبوع اثنا وفي م191 ويحيى124 اثني.

[1238] - ساقطة من المطبوع وم191 ويحيى124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص490.

[1239] *- في المطبوع زيادة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وسيد54.

[1240] - في المطبوع عرفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص490 وم191 ويحيى125.

[1241] *- في المطبوع الربح وما بين المعقوفين من م191 ويحيى125 وسيد54.

[1242] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص490 وم191 ويحيى125.

[1243] *- في المطبوع ذلك وضبب عليها محمد عالي وما بين المعقوفين من م191 ويحيى125 وسيد54.

[1244] *- في المطبوع قلة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م191 ويحيى125 وسيد54.

[1245] - في المطبوع تلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص491 وم191 ويحيى125.

نص خليل وَالأجَلِ وَإِن بِيعَ عَلَى النَّقْدِ.

متن الحطاب مطلقا أي سواء باع على ما عقده أو على ما نقد كأن اشتراها بذهب ونقد فضة أو بالعكس وباع على عقد وجب بيان ما نقد على الأصح، وقيل لا يجب إذا لم يزد على صرف الناس وابتاع على ما نقد هل يجب عليه البيان وهو ظاهر المذهب، وقيل لا يجب، والأول هو الذي مشى عليه المصنف، ورجحه صاحب الشامل، وعطف الثاني بقيل وإن اشترى السلعة بعين ونقد عرضا مقوما وجب عليه البيان مطلقا على مذهب المدونة؛ أي سواء باع على ما نقد أو على ما عقد، وكذلك لو نقد عن العين عرضا مثله قال فيها: ومن ابتاع سلعة بألف درهم فأعطى فيها مائة دينار أو ما يوزن أو يكال من عرض أو طعام أو ابتاع بذلك ثم نقد عينا أو جنسا، سواء مما يكال أو يوزن من عرض أو طعام فليبين ذلك كله في المرابحة ويضربان الربح على ما أنفقا مما عقدا عليه أو نقدا، ووصف ذلك ابن يونس يريد إذا كان الطعام الذي عقد عليه البيع جزافا، لأنه إذا كان مكيلا فنقد غيره دخله بيع الطعام قبل قبضه. ثم قال فيها: وكذلك إن نقد في العين [ثيابا[1247]] جاز أن يربح على الثياب إذا وصفها لا على قيمتها كما أجزنا لمن ابتاع بطعام أو عرض [أن يبيع[1248]] مرابحة إذا وصفت، ولم يجز أشهب المرابحة على عرض أو طعام لأنه من بيع ما ليس عندك إلى غير أجل السلم.

تفريع: قال فيها: قال ابن القاسم: وكل من ابتاع بعين أو عرض يكال أو يوزن فنقد خلافه من عين أو عرض وباع ولم يبين رد ذلك إلا أن يتماسك المبتاع/ ببيعه، وإن فاتت السلعة بتغير سوق أو بدن أو بوجه من الوجوه ضرب المشتري الربح على ما نقد البائع على الجزء الذي أربحه في كل مكيل أو موزون إن كان ذلك خيرا للمبتاع، وإلا فله التماسك بما عقد البيع عليه. اهـ. 492

ص: والأجل وإن [بيع[1249]] على النقد ش: قال في المدونة: ومن ابتاع سلعة إلى أجل فليبين ذلك، فإن لم يبين ذلك فالبيع مردود، وإن قبلها المبتاع بالثمن إلى ذلك الأجل فلا خير فيه ولا أحب له ذلك إلا أن يفوت فيأخذ البائع قيمتها يوم قبضها المبتاع ولا يضرب له الربح على القيمة، فإن كانت القيمة أكثر مما باعها به فليس له إلا ذلك أي الثمن معجلا. اهـ. واختلف الشيوخ في قوله فالبيع مردود. قال في التوضيح: فقيل أراد إذا اختار المشتري الرد، وقيل أراد يفسخ وإن رضي بالنقد، واستبعد؛ لأنه حق لمخلوق. اهـ. وأما إذا قبلها المشتري بالثمن إلى الأجل فقال في المدونة لا خير فيه. ابن يونس: ونحوه في كتاب محمد. قال بعض شيوخنا القرويين: ومعنى ذلك كله لا يجوز لأنه لما كان له رد السلعة؛ إذ هي قائمة صار التأخير بالثمن إنما اتفقا عليه من أجل ترك القيام الذي كان له أن يفعله، فهو من باب السلف الذي يجر نفعا، كمن وجد عيبا في سلعة فقال البائع لا تردها وأنا أؤخرها بالثمن إلى أجل، أن ذلك سلف جر نفعا. اهـ. ونقل أبو الحسن عن ابن بشير أنه إن رضي المشتري بتعجيل الثمن صح البيع، كانت السلعة قائمة أو فائتة، وإن رضي البائع بالتأجيل

الحديث ....

1246 - في المطبوع المبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص491 وم191 ويحيى125.

1247 - في المطبوع ثانيا وما بين المعقوفين من ن عدود ص491 وم191 ويحيى125.

1248 *- في م191 ويحيى125 وسيد54 أن يبيع.

1249 - في المطبوع باع وم191 ويحيى125 وما بين المعقوفين من ن عدود ص492.

نص خليل وَطُول زَمَانِهِ وَتَجَاوُزِ الزَّائِفِ وَهِبَةٍ اعْتِيدَتْ وَأَنَّهَا لَيْسَتْ بَلَدِيَّةً أَوْ مِنَ التَّرِكَةِ وَوِلاَدَتِهَا وَإِن بَاعَ وَلَدَهَا مَعَهَا وَجَذٌّ ثَمَرَةٍ أُبِّرَتْ وَصُوفٍ تَمَّ وَإِقَالَةِ مُشْتَرِيهِ إِلاَّ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ وَالرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ وَالتَّوْظِيفِ وَلَوْ مُتَّفِقًا إِلاَّ مِنْ سَلَمٍ لاَ غَلَّةِ رَبْعٍ.

متن الحطاب فإن فاتت السلعة لم يصح ذلك؛ لأن القيمة وجبت حالة، فإذا أخره صار فسخ دين في دين، وإن كانت قائمة فقولان للمتأخرين. اهـ.

ص: **وطول زمانه** ش: [قال أبو الحسن:[1250]] فإن باع ولم يبين فله حكم الغش.

ص: **وتجاوز الزائف وهبة اعتيدت** ش: قال في المدونة: ومن ابتاع سلعة بدراهم نقدا ثم أخر بالثمن أو نقد وحط عنه ما يشبه حطيطة البيع أو تجاوز عنه درهما زائفا فلا بيع مرابحة حتى يبين ذلك. قال ابن يونس: في قوله: "ثم أخر بالثمن": فإن لم يبين ذلك كان كمن نقد غير ما عقد ابن المواز عن أصبغ فإن فاتت ففيها القيمة كالذي لم يبين تأخير الأجل. ثم قال: في قوله أو حط عنه، [فإن لم يبين[1251]] فإن حط البائع ذلك لزمه البيع وإلا كان مخيرا، فإن فاتت فالقيمة ما لم تجاوز الثمن الأول. اهـ. وحاصله أنه كالكذب في الثمن، وقال إن قوله أو تجاوز درهما فإن لم يبين فهو كمن نقد غير ما عقد.

فرع: قال في المدونة: "وإن ابتاع سلعة بمائة فنقدها وافترقا ثم وهبت له المائة فله أن يبيع مرابحة، وإن ابتاع سلعة ووهبها لرجل ثم ورثها منه فلا بيع مرابحة". أبو الحسن: وكذا لو باعها ثم ورثها، وقوله في الأولى افترقا ليس بشرط.

ص: **أو من التركة** ش: يحتمل أن يكون معطوفا على قوله: "ليست بلدية" ويجب عليه أن يبين أنها من التركة/ ويحتمل أن يكون معطوفا على قوله: "بلدية" أي ويجب عليه أن يبين أنها ليست من التركة وكلاهما صحيح. قال في المتيطية: ومن باع ثوبه في تركة تباع فباعه فيها فإن للمبتاع رده إذا علم، وكذلك فيما جلب من رقيق أو حيوان فخلط إليها رأسا أو دابة ويصيح عليه الصائح فإن لمبتاعه الرد إذا علم. اهـ. أما الاحتمال الأول فبين، وعليه حمل الشارح كلام المصنف، وهو بين لأن النفوس تنفر من حوائج الميت، وهذا ليس خاصا بالمرابحة. والله أعلم. 493

ص: **وإقالة مشتريه** ش: قال في المدونة: "ومن ابتاع سلعة بعشرين دينارا ثم باعها بثلاثين ثم أقال منها لم يبع مرابحة إلا على عشرين؛ لأن البيع لم يتم بينهما حين استقاله". اهـ. وانظر عبد السلام والتوضيح.

ص: **إلا بزيادة أو نقص** ش: قال في المدونة: "ومن باع سلعة مرابحة ثم ابتاعها بأقل مما باعها به أو أكثر فالبيع مرابحة على الثمن الآخر لأن هذا ملك حادث". انتهى. قال ابن محرز: وظاهره ولو كان ذلك [ممن[1252]] ابتاعه منه وحمله فضل على أنه اشتراها من غيره كقول ابن حبيب .اهـ.

الحديث ....

[1250] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص492 وم192 ويحيى125.

[1251] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص492 وم192 ويحيى125.

[1252] – في المطبوع مما وما بين المعقوفين من ن عدود ص493 ويحيى125.

نص خليل

كَتَكْمِيلِ شِرَائِهِ لاَ إنْ وُرِّثَ بَعْضَهُ وَهَلْ إنْ تَقَدَّمَ الإِرْثُ أَوْ مُطْلَقًا تَأْوِيلاَنِ وَإِنْ غَلِطَ بِنَقْصٍ وَصُدِّقَ أَوْ أَثْبَتَ رَدَّ أَوْ دَفَعَ مَا تَبَيَّنَ وَرِبْحَهُ فَإِنْ فَاتَتْ خُيِّرَ مُشْتَرِيهِ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَرِبْحِهِ وَقِيمَتِهِ يَوْمَ بَيْعِهِ مَا لَمْ تَنْقُصْ عَنِ الْغَلَطِ وَرِبْحِهِ وَإِنْ كَذَبَ لَزِمَ الْمُشْتَرِي إنْ حَطَّهُ وَرِبْحَهُ بِخِلاَفِ [الْغِشِّ[1253] س] وَإِنْ فَاتَتْ فَفِي الْغِشِّ أَقَلُّ الثَّمَنِ وَالْقِيمَةِ.

متن الحطاب

وظاهر كلام المدونة أنه لو اشتراها منه بمثل الثمن لم يبع إلا على الثمن الأول، وصرح بذلك اللخمي، ونصه: قال ابن القاسم: من اشترى سلعة ثم باعها من رجل مرابحة ثم استقاله منها بمثل الثمن لم يبع إلا على الثمن الأول وإن استقال بأكثر أو أقل جاز أن يبيع على الثاني، وقال ابن حبيب لا يبيع إلا على الأول استقال منها أو اشتراها بأكثر أو بأقل، والأول أحسن فله أن يبيع على الثاني. اهـ. وقال في النوادر في ترجمة جامع مسائل المرابحة: ومن العتبية روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم ومن باع سلعة من رجل بربح درهم ثم ابتاعها منه بربح درهمين فله أن يبيع مرابحة ولا يبين. قال مالك: وإن أقالك من سلعة فلا تبع مرابحة على ثمن الإقالة حتى تبين. قال في الواضحة: إذا أقالك بزيادة أو نقص أو اشتريتها بربح فلا تبعها مرابحة على الثمن الآخر حتى تبين، وقاله مالك وروي عن قتادة.

494 ص: **كتكميل شرائه** ش: تصوره من/ كلام الشارح ظاهر. وقال ابن رشد في أثناء شرح أول مسألة من رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة: لا يجوز لمن اشترى سلعة جملة أن يبيع نصفها مرابحة بنصف الثمن حتى يبين، ولمن اشترى نصف سلعة في صفقة ثم اشترى نصفها الثاني في صفقة أخرى أن يبيعها جملة ولا يبين. وفي نوازل سحنون من كتاب المرابحة فيمن اشترى سلعة بعشرة [وصبغها[1254]] بعشرة ثم باعها بعشرين ولم يبين أن للمشتري أن يردها في القيام، فإن فاتت مضت بالثمن وكان القياس على ما نقلناه أن لا يكون له ردها في القيام، وإذا رأى له ردها في القيام وجب على قياس ذلك إذا فاتت السلعة أن يرد المبتاع فيها إلى قيمتها في الفوات إن كانت القيمة أقل من الثمن على حكم مسائل الغش والخديعة في المرابحة. اهـ.

ص: **وإن غلط بنقص وصدق أو أثبت رد** ش: قوله: "وصدق" بالبناء للمفعول أي صدقه المشتري أو ظهر ما يستدل به على صدقه. قال في التوضيح: قال في كتاب القسم من المدونة: أو يأتي في رقم الثوب ما يستدل به على الغلط فيحلف البائع ويصدق، وزاد الباجي أو يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه. اهـ. قال في الشامل: ولو غلط بنقص وأتى من رقم الثوب أو من حاله ما يصدقه وحلف عليه أو أثبته أو صدقه المشتري فعليه ما تبين وربحه أو يرد. [اهـ.[1255]]

ص **وإن فات** ش: قال في التوضيح: بنماء أو نقصان، ولم يجعل في المدونة تغير السوق مفيتا كما في الزيادة.

ص: **بين الصحيح وربحه وقيمته يوم بيعه** ش: قال في التوضيح: وحاصله أن لبائعه قيمته ما لم

الحديث

....

[1253] س – ابن عرفة الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع أو يكتم فقدمو جود مقصود فقده منه. عبد الباقي لا تنقص قيمته لهما أي وإلا فعيب بن صوابه أو يكتم وجود موجود مقصود فقده.

[1254] – في المطبوع وظفها وما بين المعقوفين من ن عدود ص494 وم192 ويحيى126.

[1255] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص494 وم192 ويحيى126.

نص خليل وَفِي الْكَذِبِ خُيِّرَ بَيْنَ الصَّحِيحِ وَرِبْحِهِ أَوْ قِيمَتِهَا مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الْكَذِبِ وَرِبْحِهِ وَمُدَلِّسُ الْمُرَابَحَةِ كَغَيْرِهَا.

فصل تَنَاوَلَ الْبِنَاءُ وَالشَّجَرُ الأَرْضَ وَتَنَاوَلَتْهُمَا [لاَ الزَّرْعَ وَالبَذْرَ[1256] س] وَمَدْفُونًا كَلَوْ جُهِلَ [وَلاَ الشَّجَرُ الثَّمَرَ الْمُؤَبَّرَ[1257] س] أَوْ أَكْثَرُهُ إلاَّ بِشَرْطٍ.

متن الحطاب 495 تنقص عن/ الغلط وربحه وما لم تزد على الصحيح وربحه. اهـ. وهذا يفهم من قول المصنف: "خير مشتريه" لأن من المعلوم أن القيمة إذا كانت أكثر من الصحيح وربحه أن المشتري لا يختارها.

ص: **وفي الكذب خير بين الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم يزد على الكذب وربحه** ش: [قوله:[1258]] "خير" أي البائع بين أن يأخذ الثمن الصحيح وربحه أو قيمتها ما لم يزد على الكذب وربحه. قال في التوضيح: [و[1259]]ما لم [ينقص[1260]] [عن[1261]] الصحيح وربحه. اهـ. وهذا يفهم من قول المصنف: "خير بين الصحيح وربحه" وبين القيمة لأنه من المعلوم أنه إذا خير وكانت القيمة أقل أنه لا يختارها، والقيمة في ذلك يوم القبض. قاله في كتاب المرابحة من المدونة. والله أعلم.

ص: **فصل تناول البناء والشجر الأرض وتناولتهما** ش: قال ابن سلمون في وثائقه لما تكلم على بيع العقار والأرض: ويعقد في ذلك اشترى فلان من فلان جميع المواضع وما عليه من الثمرات على اختلافها. ثم قال: وقولنا وما عليه من الثمرات ليرتفع الإشكال، ولو سكت عن ذلك [لكانت[1262]] الأشجار للمشتري؛ لأن الأشجار كلها تبع للأرض، وكذلك إن كان المبيع كرما أو جنة غلب عليها السواد، فالأرض تبع للشجر، فإن كان في الشجر ثمرة لم تؤبر فهي للمشتري، فإن أبرت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع. اهـ.

ص: **ومدفونة كلو جهل** ش: هذا هو المعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق للمبتاع فيما وجد تحت الأرض من بئر أو جب أو رخام أو حجارة. قال في البيان: ويكون للبائع إن ادعاه وأشبه أن يكون له كميراث، وإلا كان سبيله سبيل اللقطة، ويخير المبتاع في مسألة الجب والبئر في نقض البيع والرجوع بقيمة ما استحق. انظر رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الأقضية وآخر مسألة من جامع البيوع وأول رسم من سماع عيسى من كتاب الضوال واللقطة.

فرع: قال في الرسم المذكور: وكذلك العلو يكون للرجل والسفل لآخر وباب ذلك إلى ناحية وباب 496 [ذا[1263]]/ إلى ناحية أخرى فليس بالعلو يستحق السفل. والله أعلم.

ص: **ولا الشجر المؤبر** ش: أي ولا يتناول الشجر الثمر المؤبر. كذا هو في النسخ الصحيحة كما قال

الحديث ....

[1256] س – والبذر لا الزرع تصويب.

[1257] س – ولا الشجر المؤبر نسخة.

[1258] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص495 وم192 ويحيى126.

[1259] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص495.

[1260] *– في المطبوع ينتقص وفي م192 وسيد54 تنقص وما بين المعقوفين من التوضيح ص593 ويحيى126.

[1261] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص495 وم192 ويحيى126.

[1262] *– في المطبوع لكان وفي م192 وسيد55 ويحيى126 لكانت.

[1263] – في المطبوع ذاك وما بين المعقوفين من ن عدود ص495 ويحيى126.

نص خليل

كَالْمُنْعَقِدِ وَمَالِ الْعَبْدِ وَخِلْفَةِ الْقَصِيلِ وَإِنْ أَبِّرَ النِّصْفُ فَلِكُلٍّ حُكْمُهُ وَلِكِلَيْهِمَا السَّقْيُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالآخَرِ وَالدَّارُ الثابِتَ كَبَابٍ وَرَفٍّ وَرَحًا مَبْنِيَّةٍ بِفَوْقَانِيَّتِهَا وَسُلَّمًا سُمِرَ وَفِي غَيْرِهِ قَوْلاَنِ وَالْعَبْدُ ثِيَابَ [مَهْنَتِهِ[1264] س] وَهَلْ يُوَفى بِشَرْطِ عَدَمِهَا وَهْوَ الأظْهَرُ أَوْ لاَ كَمُشْتَرِطٍ زَكَاةَ مَا لَمْ يَطِبْ.

متن الحطاب

ابن غازي، وقصده بذلك التنبيه على ما وقع في نسخة الشارح، وهو قوله: "ولا الثمر المؤبر". والله أعلم.

ص: **كالمنعقد ومال العبد وخلفة القصيل** ش: أي فلا يدخل ذلك في العقد إلا بشرط أما الثمرة ومال العبد فمصرح به في غير موضع، وأما خلفة القصيل فصرح بها في المدونة لكن بشرط كون الأرض مأمونة، ونقله في التوضيح في/ الكلام على ما له بطون عن ابن حبيب. 497

ص: **والدار الثابت** ش: قال في الإرشاد: يتبع العقار كل ما هو ثابت من مرافقه كالأبواب والرفوف والسلاليم [المؤيدة[1265]] والأخصاص والميازيب لا منقول إلا المفاتيح. اهـ.

فرع: قال البرزلي في مسائل الأقضية: ولو قال المشتري للبائع اعطني عقد شرائك فذلك له وفائدته إذا طرأ الاستحقاق رجع المشتري على من وجد منهما لئلا يدعي البائع الأول أنه لم يبع قط وله في الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم وكذا في الرد بالعيب والعمل اليوم على أخذ النسخة وهو الحزم. اهـ. وذكر أيضا في مسائل البيوع عن طرر ابن عات أنه قال: من ابتاع ملكا فيجب على البائع دفع وثائقه التي اشترى بها أو نسخها بخطوط البينة التي فيها ويلزمه ذلك، فإن أبى وظهرت الوثائق أجبره الحاكم على دفعها أو نسخها على غيره، فإن لم تظهر فللمبتاع الخيار إن أحب أمضى البيع، وإلا رجع في ثمنه.

قال البرزلي: نص على الأصل أبو محمد في الشهادات لأجل ترتيب العهدة. اهـ.

فرع: قال ابن سهل في مسائل البيوع فيمن باع دارا ينتظم بها حانوت له باب إلى الدار وباب آخر يتجر عليه وعقد البيع [وقيد فيه[1266]] بمنافعها، أو لم يعقد وآخر باع دارا تتصل بها جنة محدق عليها، وليس لها باب ولا طريق إلا على الدار وادعى المبتاع دخولها في صفقة وخالفه البائع. فأجاب ابن عتاب: أما الدار فإن [حدد[1267]] المبيع في عقد التبايع دخل [في[1268]] المبيع ما اشتملت عليه الحدود فإن اشتملت عليهما جميعا نفذ البيع [فيهما،[1269]] وإلا لم يدخل فيه ما خرج عنهما، وهذا لما ذكرت أنه لا مدخل لها إلا على الدار والحانوت مخالف لهذا عندي إذ له باب، ولا يصح الجواب فيه إلا بعد الوقوف على ما يقوله المتبايعان، وجواب ابن القطان أما الحانوت فلا يدخل، وإن كان لها إليه باب مفتوح إلا أن يحد وتشتمل عليه/ الحدود، وإلا فالحانوت غير الدار 498

الحديث

....

[1264] س – المهنة بفتح الميم على الأفصح وسكون الهاء الخدمة.

[1265] – في المطبوع المؤدية وما بين المعقوفين من ن عدود ص497 ويحيى126.

[1266] – في المطبوع وفيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص497 وم193 ويحيى126.

[1267] – في المطبوع حد ويحيى126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص497 وم193.

[1268] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص497 وم193 ويحيى126.

[1269] – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص497 وم193 ويحيى126.

نص خليل ....

متن الحطاب وكذلك الجنة إذا لم يقع عليها الحدود، وقال ابن مالك إن كانا حدا الدار فحسب البائع الوقوف عند ذلك، وإن لم يحداها [ويعترفاها[1270]] فالحانوت لا يقال لها دار، وكذلك الجنة فلا يدخلها. قال ابن سهل: إنما وقع جواب الشيوخ فيها على أن المتبايعين لم يبينا ووقع التبايع بينهما مبهما وإن ادعيا البيان واختلفا تحالفا وتفاسخا بهذا الوجه يتم جوابها. اهـ . ونقله في المتيطية.

مسألة: قال في مختصر المتيطية: [قال بعض الموثقين: [1271]] والصواب أن [يقول[1272]] ينتهي [الحد[1273]] القبلي منها إلى كذا وكذا، وكذلك سائر الجهات لأن الحد داخل في المحدود وطرف منه ويزيد في ذلك أن طرق الدار تنتهي إلى كذا، قال ابن الهندي وابن العطار: وهي عبارة كثير من المتقدمين. قال غيرها: ورأيت كثيرا يكتبون وحد هذه الدار من القبلة دار فلان في البيع لكنه لا يقضى بذلك لأنه لم يقصد ويحمل على المجاز. قال ابن عتاب: وسئل إسماعيل القاضي إذا كان حدها من الشرقي الشجرة هل تدخل الشجرة في المبيع؟ فوقف عن الجواب، ثم قال: قد قرأت باب كذا من كتاب سيبويه فدلني على أنها تدخل في المبيع. قال ابن سهل: وفي هذا نظر. اهـ.

مسألة: قال في أحكام ابن سهل: سئل ابن القطان عمن باع جميع أملاكه في قرية كذا وقال في عقد الابتياع في الدور [والدمن[1274]] والأقنية والزيتون والكرم ولم يزد في الوثيقة على هذا وللبائع في القرية [أرحا[1275]] لم تذكر في الوثيقة فقال المبتاع هي لي وقال البائع إنما بعت ملكي فيما قصصت وما لم أذكره وهي الأرحى لم تدخل في المبيع، فكتب بخط يده الأرحى للمبتاع وجميع [ما[1276]] في القرية من العقار. قال القاضي ابن سهل: هذا الجواب [يوافق[1277]] ما في سماع [أصبغ في[1278]] كتاب الصدقة ويخالف قول قاسم بن محمد. هكذا ألفيت هذه المسألة في بعض الكتب، وقد مر نظيرها في جواب ابن زرب في الوصايا. اهـ. ولعله يشير إلى جواب ابن زرب في مسألة من أوصى فلانا على أولاده قد سمى منهم فلانا وفلانا وترك باقيهم فتأمله. ونقل المسألة البرزلي في أواخر مسائل البيوع ونقل عن المتيطي أنه نقل عن غير ابن القطان أنها للبائع، والمسألة في المتيطية ومختصرها في باب بيع الأرض بزرعها والشجر بثمرها. والله أعلم. ووقعت مسألة سئلت عنها وهي رجل اشترى من جماعة دارا ووصف الدار في عقد الشراء بأوصاف واشتمالات ومنافع ومساكن،

الحديث ....

1270 – في المطبوع ويعرفاها وم193 ويحيى127 وما بين المعقوفين من ن عدود ص498.
1271 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 وم193 ويحيى127.
1272 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 وم193 ويحيى127.
1273 – في المطبوع الحيط وما بين المعقوفين من ن عدود ص498.
1274 – في المطبوع والدور وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 وم193 ويحيى127.
1275 *– في المطبوع أرحى وما بين المعقوفين من يحيى127 وم193 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب والصواب أرحاء بالمد.
1276 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 ويحيى127 وسيد55.
1277 *– في المطبوع موافق وفي م193 ويحيى127 وسيد55 يوافق.
1278 *– في المطبوع أصبغ ما في وفي م193 ويحيى127 وسيد55 أصبغ في.

نص خليل وَأن لاَّ عُهْدَةَ أَوْ لاَ مُوَاضَعَةَ أَوْ لاَ جَائِحَةَ أَوْ إن لَّمْ يَأتِ بِالثمَنِ لِكَذَا فَلاَ بَيْعَ أَوْ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ وَلاَ مَالِيَّةَ وَصُحِّحَ تَرَدُّدُ.

متن الحطاب وبجانب الدار الغربي حوش ملاصق لها بينها وبين مقبرة هناك [وبالحوش[1279]] المذكور خوخة تنفذ إلى الدار المذكورة، ولما ذكر في المكتوب حدود الدار المكتوبة ذكر أن حدها الغربي ينتهي إلى المقبرة المذكورة التي هي بعد الحوش المذكور فاقتضى ذلك دخول الحوش في المحدود، لكنه لم يذكر الحوش في اشتمالات الدار مع أنه كان عند التبايع جاريا مع الدار في ملك البائعين المذكورين ثم توفي المشتري فباع ورثته الدار المذكورة بجميع اشتمالاتها وحدودها المذكورة في مكتوب شراء المتوفى المذكور لشخص آخر فنازع المشتري المذكور ورثة البائع المذكور في الحوش المذكور الداخل في التحديد الذي لم ينبه عليه في الاشتمالات وأظهر الورثة المنازعون مستندا شرعيا يشهد بأن [موروثهم[1280]] المشتري الأول اشترى نصف الحوش المذكور مشاعا من بائعي الدار المذكورة في تاريخ متأخر عن تاريخ الشراء الأول [الصادر[1281]] في الدار فهل مشترى المشتري الأول لنصف الحوش المذكور مقتض لعدم دخول الحوش المذكور في المحدود، أم لا يقتضى ذلك؟ فأجبت: إن اتفق المتبايعان على أن البيع وقع منهما من غير تعرض للحوش المذكور بأنه داخل أو خارج وكانت الحدود شاملة له فهو داخل ولا يمنع من ذلك كون [موروثهم[1282]] اشترى نصف الحوش بعد الشراء الأول وإن ادعى كل من الورثة البائعين والمشتري المذكور البيان وتخالفا تحالفا/ وتفاسخا. والله أعلم. 499

مسألة: إذا قال الموثق اشترى منه جميع حظه في الدار الكائنة بكذا الخمس من خمسة أسهم فإذا له في الدار أكثر من الخمس فهل يحمل على أنه باعه جميع حظه؟ وقوله الخمس غلط أم لا؟ قال الشيخ أبو الحسن في كتاب الأيمان في ترجمة الحالف ليقضين فلانا حقه: قال ابن يونس: إن قال لأقضينك غدا يوم الجمعة أو قال يوم الجمعة غدا وذلك ظنه فإذا هو يوم الخميس فإن لم يقضه غدا يوم الخميس إلى غروب الشمس وإلا حنث. الشيخ: انظر هل هي مثل ما يقع عند التوثق اليوم يقول المشتري منه جميع حظه في الدار الكائنة بكذا الخمس من خمسة أسهم فإذا له في الدار أكثر من الخمس فهل يحمل على أنه باع جميعه، وقوله الخمس غلط في اللفظ أم لا؟ تردد فيه. اهـ. وقال المشذالي في الصورة الأولى في الكلام على قول المدونة وهو يظنه يوم الجمعة قال في سماع عيسى لو حلف لأقضينك حقك في يوم الجمعة غدا في ظنه فإذا هو خميس فإن لم يقضه إلى الغروب يوم الخميس حنث قال بعضهم وينزل مثل هذا في الوثائق اشترى فلان جميع موروث فلان من موضع كذا مبلغه الخمس فإذا هو الربع لزم البيع. اهـ. وانظر كلامه أيضا في الوصايا الأول عند قول المدونة: فهو وصية في جميع الأشياء. والله أعلم.

ص: **وأن لا عهدة** ش: ذكره في التوضيح هنا عن المتيطي وغيره، وذكر في الكلام على العهدة أنها

الحديث ....

[1279] - في المطبوع الحوش وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 ويحيى127 وسيد55.
[1280] - في المطبوع مورثهم ويحيى127 وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 وسيد55.
[1281] - في المطبوع الصادق وما بين المعقوفين من ن عدود ص498 ويحيى127 وسيد55.
[1282] - في المطبوع مورثهم ويحيى127 وسيد55 وما بين المعقوفين من ن عدود ص498.

نص خليل

وَصَحَّ بَيْعُ ثَمَرٍ وَنَحْوِهِ بَدَا صَلاَحُهُ إن لَّمْ يَسْتَتِرْ وَقَبْلَهُ مَعَ أَصْلِهِ أَوْ أُلْحِقَ بِهِ أَوْ عَلَى قَطْعِهِ إن نَّفَعَ وَاضْطُرَّ لَهُ وَلَمْ يُتَمَالأْ عَلَيْهِ لاَ عَلَى التَّبْقِيَةِ أو الإطْلاَقِ وَبُدُوُّهُ فِي بَعْضِ حَائِطٍ كَافٍ فِي جِنْسِهِ إن لَّمْ تُبَكِّرْ لاَ بَطْنٌ ثَانٍ بِأَوَّلَ وَهُوَ [الزُّهُوُّ[1283] نس] وَظُهُورُ الْحَلاَوَةِ وَالتَّهَيُّؤُ لِلنُّضْجِ وَفِي ذِي النَّوْرِ بِانْفِتَاحِهِ وَالْبُقُولِ بِإطْعَامِهَا وَهَلْ هُوَ فِي الْبِطِّيخِ الاصْفِرَارُ أو التَّهَيُّؤُ لِلتَّبَطُّخِ قَوْلاَنِ وَلِلْمُشْتَرِي بُطُونُ كَيَاسِمِينَ وَمَقْثَأَةٍ وَلاَ يَجُوزُ بِكَشَهْرٍ وَوَجَبَ ضَرْبُ الأَجَلِ إن اسْتَمَرَّ كَالْمَوْزِ وَمَضَى بَيْعُ حَبٍّ أَفْرَكَ قَبْلَ يُبْسِهِ بِقَبْضِهِ.

متن الحطاب

تسقط إذا شرط سقوطها ولم ينبه على أن في المسألة خلافا، واقتصر في الشامل هنا على ما ذكره المصنف، وصدر في الكلام على العهدة بأنه يوفي بالشرط وعطف عليه هذا القول بقيل، وذكر ابن عرفة في الكلام على العهدة القولين وعزاهما لنقل اللخمي، وذكر عنه أنه خرج ثالثا بفساد البيع، وقد بسطت الكلام في تحرير الكلام في مسائل الالتزام.

تنبيه: يلحق بهذه المسائل ما إذا وقع البيع على شرط عدم المقاصة كما مر ذكره ابن عرفة في باب المقاصة، وانظر كلامه في باب المقاصة فإنه ذكر في ذلك ثلاثة أقوال./ 500

ص: **وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر** ش: يعني أنه يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه منضما إلى الأصل ومفردا على القطع أو التبقية لكن [بشرط[1284]] أن لا يستتر في أكمامه كبزر مجرد عن أصله كالحنطة مجردة عن سنبلها والجوز واللوز مجردا عن قشره على الجزاف. قاله الباجي. ونصه: مسألة لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة في سنبلها بالشراء، وكذلك الجوز واللوز والباقلا لا يجوز أن يفرد في البيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه، وأما شراء السنبل إذا يبس ولم ينفعه الماء فجائز وكذلك الجوز والباقلا، وقال الشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك. اهـ. فعلم منه أنه يمتنع شراء الجوز ونحوه مجردا عن قشره ولو كان ذلك بعد قطعه على الجزاف وأما شراؤه مع قشره فجائز ولو كان باقيا في شجره لم يقطع إذا بدا صلاحه، [وسياتي أن بدو صلاحه[1285]] بيبسه، وتقدم أن ما له صوان يكفي رؤية الصوان.

501 ص: **وبدوه في بعض حائط كاف** ش: قال الشارح: أي فلا يشترط عموم بدو الصلاح في كل/ الحائط بل يكفي بعضه ولو نخلة وهو المذهب. اهـ. وظاهره أنه لا يباع الحائط حتى يبدو صلاح بعضه بنفسه، ولا يكفي بدو صلاح بعض حائط مجاور له، وقال ابن الحاجب وبدو [الصلاح في بعض[1286]] حائط/ كاف في المجاورة في الجنس الواحد إذا كان طيبه متلاحقا، وقيل في حوائط البلد 502 وشرحه في التوضيح وأقره، وعزا القول بجواز [بيع[1287]] حوائط البلد ببدو الصلاح في حائط منه وإن لم تكن مجاورة لابن القطان. والله أعلم.

ص: **ومقثأة** ش: هو بالثاء المثلثة وبالهمزة المفتوحة. قال في الصحاح: [القِثاء والقثاء[1288]] -يعني

الحديث ....

1283 نس – الزَّهْوُ نسخة.

1284 – في المطبوع شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص500 ويحيى127 وسيد55.

1285 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص500 ويحيى128 وسيد55.

1286 – في المطبوع صلاح بعض وما بين المعقوفين من ن عدود ص501 ويحيى128 وسيد55.

1287 – في المطبوع بعض وما بين المعقوفين من ن عدود ص502 ويحيى128 وسيد55.

1288 – في المطبوع المقثأة والمقثاة وما بين المعقوفين من ن عدود ص502 ويحيى128 وسيد55.

نص خليل

وَرُخِّصَ لِمُعْرٍ أَوْ قَائِمٍ مَّقَامَهُ وَإِن بِاشْتِرَاءِ الثَمْرَةِ فَقَط اشْتِرَاءُ ثَمْرَةٍ تَيْبَسُ كَلَوْزٍ لاَ كَمَوْزٍ إِنْ لَفَظَ بِالْعَرِيَّةِ وَبَدَا صَلاَحُهَا وَكَانَ بِخِرْصِهَا وَنَوْعِهَا يُوَفِّي عِنْدَ الْجِذَاذِ وَفِي الذمَّةِ وَخَمْسَةَ أَوْسُقٍ فَأَقلَّ وَلاَ يَجُوزُ أَخْذُ زَائِدٍ عَلَيْهِ مَعَهُ بِعَيْنٍ عَلَى الأَصَحِّ إلاَّ لِمَنْ أَعْرَى عَرَايَا فِي حَوَائِطَ فَمِنْ كُلٍّ خَمْسَةٌ.

متن الحطاب

بالكسر والضم- الخيار الواحدة قثاءة والمقثأة والمقثؤة موضع القثاء، وأقثأ القوم كثر عندهم القثاء، وفي تهذيب الأسماء واللغات: القثاء بكسر القاف وضمها لغتان وبالمد معروف، ثم ذكر كلام الجوهري. اهـ. وظاهر كلام النحويين أن المقثأة هي الأرض الكثيرة القثاء كما قاله في آخر تصريف العوفي، وقاله الدماميني في شرح التسهيل. ثم قال: والعامة يحملون المقثأة على منبت القثاء وغيره كالبطيخ ويحرفون اللفظ ويأتون بألف مكان الهمزة المفتوحة ولا يراعون معه الكثرة. اهـ.

ص: بقبضه ش: أي بقبض الحب يبين ذلك لفظ المدونة في أوائل السلم الأول قال: ومن أسلم في حائط بعينه بعد ما أرطب أو في زرع بعد ما/ أفرك [واشترط[1289]] أخذه حنطة أو تمرا فأخذ ذلك وفات البيع لم يفسخ؛ لأنه ليس من الحرام البين. اهـ. علم منه أنه لا يجوز بيع الحب بالإفراك. قال في الشامل لما تكلم على بدو الصلاح وفي الحنطة ونحوها والقطاني يبسها، فإن بيعت قبله وبعد الإفراك على [السكت[1290]] كره ومضى بالقبض على المتأول. اهـ. والله أعلم.

503

ص: يوفي عند الجداذ ش: الجداد بفتح الجيم وكسرها وبالدال المهملة. قال في الصحاح في باب الدال المهملة: وجد النخل يجده صرمه وأجد النخل حان له أن يجد وهذا زمن الجداد والجداد مثل الصرام والصرام والقطاف والقطاف. اهـ. وقال في النهاية في مادة الجيم والدال المهملة بعد أن ذكر قوله عليه السلام: {ولا ينفع ذا الجد منك الجد[1]} وقوله إذا جد في السير[2] ثم قال: وفيه أنه نهى[3] عن جدادات الليل. الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها، وإنما نهى عنه لأجل المساكين حتى يحضروا في النهار فيتصدق عليهم. اهـ. ونحوه في القاموس، وذكره في المحكم بالضم والكسر في مادة الدال المهملة، ثم ذكره أيضا بالضم والكسر في مادة الذال المعجمة.

ص: وخمسة أوسق فأقل ش: بالنصب أي [إن[1291]] كان المشتري من العرية خمسة أوسق فأقل، سواء كانت العرية في نفسها خمسة أوسق أو أكثر. قاله في المدونة. وللمعري خمسة أوسق شراء بعضها بالخرص، فإن أعرى أكثر من خمسة أوسق فله شراء خمسة أوسق.

ص: إلا لمن أعرى عرايا في حوائط وكل خمسة ش: كذا في أكثر النسخ وفي بعضها فمن كل خمسة وهي أحسن؛ لأنها تدل على أن له أن يشتري من كل حائط خمسة ولو كان الحائط المعرى أكثر من

الحديث

1 – عن أبي سعيد الخدري قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا رفع رأسه من الركوع قال ربنا لك الحمد ملء السماوات والأرض وملء ما شئت من شيء بعد أهل الثناء والمجد أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد، مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة،، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 477.

2– عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء، رقم الحديث 703، مسلم في صحيحه، كتاب صلاة المسافرين.

3 – أنه نهى عن جداد الليل، النهاية في غريب الحديث، دار الفكر، بيروت 1979، ج1 ص244

[1289] – في المطبوع أو اشترط وما بين المعقوفين من ن عدود ص503 ويحيى128 وسيد55.

[1290] – في المطبوع السكة وما بين المعقوفين من ن عدود ص503 ويحيى128 وسيد55.

[1291] – في المطبوع وإن (وفي م194 ويحيى128 وسيد55 أي وكان المشترا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص503.

نص خليل إنْ كَانَ بِألْفَاظٍ لاَ بِلَفْظٍ عَلَى الأرْجَحِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ أوْ لِلْمَعْرُوفِ فَيَشْتَرِي بَعْضَهَا كَكُلِّ الْحَائِطِ وَبَيْعُهُ الأصْلَ وَجَازَ لَكَ شِرَاءُ أصْلٍ فِي حَائِطِكَ بِخَرْصِهِ إنْ قَصَدْتَ الْمَعْرُوفَ فَقَطْ وَبَطَلَتْ إن مَّاتَ قَبْلَ الْحَوْزِ وَهَلْ هُوَ حَوْزُ الأصُولِ أوْ أنْ يَطْلُعَ ثَمَرُهَا تَأوِيلاَنِ.

متن الحطاب خمسة، بخلاف النسخة الأولى لإيهامها أن له أن يشترط في كل حائط أن [يكون[1292]] خمسة. فتأمله. وسواء كان المعري واحدا أو متعددا كما صرح في التوضيح بالأول، وفي المدونة بالثاني.

ص: **وإن كان بألفاظ لا بلفظ على الأرجح** ش: عبارته رحمه الله توهم أن هذا شرط سواء كان المعرى واحدا أو جماعة، وهذا إنما ذكره/ ابن يونس فيما إذا أعرى رجلا واحدا. كذا نقله في التوضيح والشامل، واعترضه ابن غازي [بأن الترجيح[1293]] إنما حكاه ابن يونس عن غيره وليس هو المرجح له، وسبقه إلى الاعتراض بذلك الشارح في الكبير. 504

ص: **وجاز لك شراء أصل في حائطك بخرصه إن قصدت المعروف** ش: يشير إلى قوله في كتاب العرايا من المدونة: وإذا ملك رجل أصل نخلة في حائطك فلك شراؤها منه بالخرص إن أردت بذلك [رفقه بكفايتك[1294]] إياه، وإن كان لدفع ضرر دخوله فلا يعجبني، وأراه من بيع التمر بالرطب لأنه لم يعره شيئا. قال أبو الحسن: هذه ليست بعرية ولا يقال انخرم أحد الشروط [الذي[1295]] هو أن يشتريها معريها. اهـ. ففهم من كلام أبي الحسن هذا ومن قوله في المدونة كالعرية أن الشروط المذكورة في العرية معتبرة، وأنه لو كان له نخلتان أو ثلاثة جاز شراء ثمرتها إذا لم تبلغ خمسة أوسق. والله أعلم. قال: وقوله إن كان لدفع ضرر دخوله فلا يعجبني هذه لفظة كراهة والمراد بها المنع من قوله: وأراه من بيع التمر بالرطب. اهـ.

ص: **وبطلت إن مات قبل الحوز** ش: ومثله لو فلس. قاله اللخمي.

ص: **وهل هو حوز الأصل [أو وأن[1296]] يطلع [ثمرها[1297]] تأويلان** ش: يعني أن الشيوخ اختلفوا في تأويل المدونة في حوز العرية، فمنهم من تأولها على أن [الحوز فيها هو حوز[1298]] الأصول وإن لم يطلع الثمر، وإلى هذا ذهب أبو عمران وابن مالك، ومنهم من تأولها على أن الحوز هو مجموع شيئين؛ حوز الأصل [وأن يطلع[1299]] الثمر، فلو حاز الأصول ولم تطلع الثمرة حتى مات المعري بطلت العرية، ولو [طلعت[1300]] الثمرة ولم يحز الأصول ومات المعري بطلت، وهو مذهب المدونة عند ابن القطان وفضل وجماعة فهذان التأويلان هما اللذان أشار المصنف إليهما، وفي المسألة

الحديث ....

[1292] - في المطبوع تكون وم194 وما بين المعقوفين من ن عدود ص503 ويحيى128 وسيد55.

[1293] - في المطبوع بالترجيح وما بين المعقوفين من يحيى128.

[1294] - في المطبوع رفقك وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 وم194 ويحيى128 وسيد55 (رفقة).

[1295] - في المطبوع التي وم194 وسيد55 وما بين المعقوفين من ن عدود ص504.

[1296] - في المطبوع وإن لم يطلع وما بين المعقوفين من ن عدود ص504.

[1297] - في المطبوع ثمرتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 وم194 ويحيى128 وسيد55.

[1298] - في المطبوع الأصل فيها حوز الأصول وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 وم194 ويحيى128 وسيد55.

[1299] - في المطبوع وإن لم يطلع وم194 وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 ويحيى128 وسيد55.

[1300] - في المطبوع بطلت وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 وم194 ويحيى128 وسيد55.

نص خليل

وَزَكَاتُهَا وَسَقْيُهَا عَلَى الْمُعْرِي وَكُمِّلَتْ بِخِلاَفِ الْوَاهِبِ وَتُوضَعُ جَائِحَةُ الثِّمَارِ كَالْمَوْزِ وَالْمَقَاثِي وَإِنْ بِيعَتْ عَلَى الْجَذِّ وَإِنْ مِنْ عَرِيَّتِهِ لاَ مَهْرٍ إِنْ بَلَغَتْ ثلث الْمَكِيلَةِ وَلَوْ مِنْ كَصَيْحَانِيٍّ وَبَرْنِيٍّ وَبُقِّيَتْ لِيَنْتَهِيَ طِيبُهَا وَأُفْرِدَتْ أَوْ أُلْحِقَ أَصْلُهَا لاَ عَكْسُهُ أَوْ مَعَهُ وَنُظِرَ مَا أُصِيبَ مِنَ الْبُطُونِ إِلَى مَا بَقِيَ فِي زَمَنِهِ لاَ يَوْمَ الْبَيْعِ وَلاَ يُسْتَعْجَلُ عَلَى الأَصَحِّ وَفِي الْمُزْهِيَةِ التَّابِعَةِ لِلدَّارِ تَأْوِيلاَنِ وَهَلْ هِيَ مَا لاَ يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ كَسَمَاوِيٍّ وَجَيْشٍ أَوْ وَسَارِقٍ خِلاَفٌ وَتَعْيِيبُهَا كَذَلِكَ وَتُوضَعُ مِنَ الْعَطَشِ وَإِنْ قَلَّتْ كَالْبُقُولِ وَالزَّعْفَرَانِ وَالرَّيْحَانِ وَالْقُرْطِ وَالْقَضْبِ وَوَرَقِ التُّوتِ وَمُغَيَّبِ الأَصْلِ كَالْجَزَرِ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي بَاقِيهَا وَإِنْ قَلَّ وَإِنِ اشْتَرَى أَجْنَاسًا فَأُجِيحَ بَعْضُهَا وُضِعَتْ.

متن الحطاب

قول ثالث لأشهب أن الحوز بأحد الأمرين إما حوز الأصول أو أن تطلع ثمرتها، وهذا لم يذكره [المصنف[1301]] كما يفهم ذلك من كلامه في التوضيح، وعلى ذلك مشى في الشامل فقال: وبطلت بموت معريها قبل حوزها، وهل هو قبض الرقاب، أو مع طلوع ثمرتها كالهبة والصدقة؟ تأويلان. وقال أشهب إبارها أو قبض رقبتها، [و[1302]]عن ابن القاسم طيبها. اهـ. وقوله: "كالهبة والصدقة" يعني أنه لا يتم الحوز فيهما إلا بقبض الأصول وطلوع الثمرة، وهذا تأويل ابن القطان، وتأويل ابن أبي زيد المدونة أن الهبة والصدقة بخلاف العرية وأنه يكفي في الصدقة والهبة حوز الأصول فقط. والله أعلم.

505 ص: **وزكاتها وسقيها على المعري وكملت بخلاف الواهب** ش: يعني/ أن من أعرى شخصا نخلا أو نخلات من حائطه فإن على رب الحائط سقي تلك النخلة أو النخلات وعليه زكاة ثمرتها، وسواء أعراه إياها قبل الزهو أو بعده، فإن كانت العرية دون خمسة أوسق فإن رب الحائط يضمها إلى باقي حائطه، فإن كان المجموع خمسة أوسق زكى ذلك. قال في المدونة: وزكاة العرية وسقيها على رب الحائط وإن لم تبلغ خمسة أوسق إلا مع بقية حائطه أعراه جزءا شائعا أو نخلا معينة أو جميع حائطه. قال أبو الحسن: قال ابن يونس قال أبو محمد يريد ويعطيه جميع ثمرة الحائط ويكون عليه أن يزكيه من غيره. اهـ. وقوله: "بخلاف الواهب" يعني أن من وهب لشخص ثمرة حائطه فإن سقيها وزكاتها على الموهوب له يريد إلا أن تكون الهبة بعد الإزهاء فإن ذلك يكون على الواهب. قاله في التوضيح.

فرع: قال الشيخ أبو الحسن: ومما يلحق بهذا الباب من وهب صغيرا يرضع قيل رضاعه على الواهب وقيل على الموهوب. حكى القولين ابن بشير. اهـ.

ص: **والمقاثيء** ش: بالثاء المثلثة جمع مقثأة كما تقدم.

ص: **لا مهر** ش: هذا قول ابن القاسم، ومقابله قول ابن الماجشون. قال في البيان من سماع أبي زيد

الحديث

....

[1301] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 وم194 ويحيى128 وسيد55.

[1302] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص504 ويحيى128 وسيد56.

نص خليل إنْ بَلَغَتْ قِيمَتُهُ ثلثَ الْجَمِيعِ وَأُجِيحَ مِنْهُ ثلثُ مَكِيلَتِهِ.

متن الحطاب من كتاب الجوائح إنه المشهور قال: وترجع المرأة بقيمة الثمرة إذا أجيحت كلها، وصوب ابن يونس أيضا قول ابن الماجشون، ورجحه أيضا ابن عبد السلام، فكان ينبغي للمصنف أن يعتمد على هؤلاء، أو أن يشير إلى هذا القول بقوله على الأرجح والظاهر والمستحسن. والله أعلم.

ص: إن بلغت ثلث مكيلته ش: قال في المدونة: وما بيع مما يطعم بطونا كالمقاثيء والورد والياسمين وشبه ذلك، أو من الثمار مما لا يخرص ولا يدخر وهو ما يطعم في كرة إلا أن طيبه يتفاوت [ولا يحبس[1303]] أوله على [آخره[1304]] كالتفاح والرمان والخوخ والموز والأترج والتين ونحو ذلك، فإن [أجيح شيء[1305]] من ذلك نظر؛ فإن كان ما أصابته الجائحة منه قدر ثلث الثمرة في النبات فأكثر في أول مجناه أو في وسطه أو في آخره حط من الثمرة قدر قيمته في زمانه من قيمة باقيه، كان/ في القيمة أقل من الثلث أو أكثر، وإن كان المجاح من الجميع أقل من الثلث في كيل أو وزن لا في القيمة فلا توضع فيه جائحة، زادت قيمته على الثلث أو نقصت. 506

ثم قال: وأما ما بيع من الثمرة مما ييبس أو يدخر ويترك حتى يجد جميعه مما يخرص أولا كالنخل والعنب والزيتون واللوز والفستق والجوز واللوز وما أشبهه فأصابت الجائحة قدر ثلث الثمرة فأكثر في كيل أو مقدار لا في القيمة وضع المبتاع قدر ذلك من الثمن، وإن أجيح أقل من ثلث الثمرة في المقدار لم يوضع عنه شيء ولا تقويم في هذه الأشياء، وإن كان في الحائط أصناف من التمر برني وصيحاني وعجوة وشقم وغيره فأجيح أحدها، فإن كان قدر الثلث في الكيل من الأصناف وضع من الثمن قدر قيمة جميعها زاد على ثلث الثمن أو نقص، وإن اشترى أول جدة من القصيل فأجيح ثلثها فثلث الثمن موضوع بغير قيمة، ولو اشترط خلفة كان كالمقاثي إن أجيح قدر الثلث من أوله أو من خلفته على ما ذكرنا من التقويم. اهـ.

ص: وبرني ش: قال في كتاب الزكاة الثاني من التنبيهات: البرني بفتح الباء وسكون الراء والجعرور بضم الجيم وابن [حُبيق[1306]] بضم الحاء وفتح الباء [مصغرا كل هذه أصناف[1307]] من التمر. اهـ.

ص: وبقيت لينتهي طيبها ش: قال في التوضيح: المسألة على ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون الثمرة محتاجة إلى بقائها في أصولها ليكمل طيبها ولا خلاف في ثبوت الجائحة فيه. قاله ابن شاس [الثاني[1308]]. وما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه [ولنضارته كالثمر[1309]] اليابس والزرع فلا جائحة فيه باتفاق. الثالث أن يتناهى طيبها ولكن تحتاج إلى التأخير لبقاء رطوبته كالعنب المشترى بعد بدو صلاحه، وحكى المصنف -يعني ابن الحاجب- فيه قولين. الباجي: مقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يراعى البقاء لحفظ النضارة، وإنما يراعى تكامل الصلاح. قال: ويجب أن يجري هذا المجرى كل ما

الحديث ....

1303 - في المطبوع ويحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص505 ويحيى129 وسيد56.
1304 - في المطبوع ما يتفاوت ويحيى129 وسيد56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص505.
1305 - في المطبوع احتيج لشيء وما بين المعقوفين من ن عدود ص505 ويحيى129 وسيد56.
1306 - في المطبوع حبين وما بين المعقوفين ترجي من ن عدود ص506 (وفي يحيى129 وسيد56 خبير).
1307 - في المطبوع كل هذه الاصناف وما بين المعقوفين من ن عدود ص506 (وفي يحيى129 مصغرا أضاف من التمر) وسيد56.
1308 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى129.
1309 - في المطبوع ولا لنضارته كالتمر وما بين المعقوفين من التوضيح، ج5 ص571.

نص خليل ....

متن الحطاب كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقرط فلا توضع جائحة في شيء من ذلك. [قال[1310]]: ومقتضى رواية سحنون أن توضع الجائحة [من[1311]] جميعه، وحكى ابن يونس عن سحنون إذا تناهى العنب وآن [قطاعه[1312]] لا يتركه تاركه إلا لسوق يرجوها أو لشغل يعرض له فلا جائحة فيه. ابن عبد/ 507 السلام: وهذا مخالف لما حكاه ابن الحاجب وغيره عن سحنون. قال المؤلف: وفي حمل كلامي سحنون على الخلاف بحث لا يخفى.انتهى. والبحث ظاهر كما قال لأن الكلام الأول في بقائه لحفظ النضارة، والكلام الثاني في بقائه لشغل مشتريه أو لسوق يرجوها. والله أعلم. فقول المؤلف: "وبقيت لينتهي طيبها" يدل على أنه إنما توضع الجائحة في القسم الأول، [و[1313]]أنه مشى على مقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم.

تنبيه: قد يظهر أن ما ذكره المؤلف هنا خلاف قوله: "أولا وإن بيعت على الجد" لا سيما وقد قال ابن عبد السلام عقب ذكره القولين المتقدمين: وأشار بعض الأندلسيين إلى إجراء هذين القولين فيما بيع قبل بدو صلاحه أو بعده على أن يجده مشتريه وهو ظاهر. انتهى. ونقله في التوضيح فتأمله. وقال في التوضيح: ونص في المدونة على أنه لو اشترى ثمرة على الجداد فيها الجائحة إذا بلغت الثلث كالثمار لا كالبقل، وسأل ابن عبدوس سحنونا فقال: لم جعل فيه الجائحة ولا سقي على البائع؟ فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئا بعد شيء على قدر الحاجة، ولو دعاه البائع إلى أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك، بل يمهل وهو على وجه الشأن. اهـ كلام التوضيح. وهذا الكلام الأخير لا يدفع الإشكال؛ لأن الأول أيضا إنما اشترى لتبقى نضارته. والله أعلم. والحق أن كلامه الأول مخالف للثاني، وأن الراجح هو الأول، فكان ينبغي للمؤلف أن يمشي على مقتضى رواية سحنون أنه فيه الجائحة؛ لأنها هي الجارية على مذهب المدونة فيما اشترى على الجد بل أحرى. والله أعلم.

ص: وهل هي [ما لا يستطاع[1314]] دفعه كسماوي وجيش أو وسارق خلاف ش: قال في المسائل الملقوطة: الجوائح ثلاثة [عشر[1315]] النار والريح وهو السموم والثلج والغرق بالسيل والبرد والطير الغالب والمطر المضر والدود والقحط والعفن والجراد والجيش الكثير واللص والجليد والغبار المفسد [والغفاء[1316]] وهو يبس الثمرة مع تغير لونها والقسام وهو مثل [الغفاء[1317]] والجرش وهو [ضمران[1318]] الثمرة والشوبان وهو [تساقط[1319]] الثمرة والشمرخة وهو أن لا يجري الماء في الشماريخ ولا يرطب حسنا ولا يطيب. انتهى. ومنها أيضا مسألة من استأجر أرضا للزراعة فزرعها ففسد زرعها بجائحة أصابته في نفس الزرع كالطير والجراد والجليد والبرد والنار وغير ذلك مما يعد جائحة فلا يحط لشيء

الحديث ....

1310 – في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من التوضيح، ج5 ص501.

1311 – في المطبوع في جميعه وما بين المعقوفين من يحيى129.

1312 – في المطبوع نضاجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص506 ويحيى129 وسيد56.

1313 – ساقطة من المطبوع ويحيى129 وسيد56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص507.

1314 – في المطبوع ما يستطاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص507 ويحيى129 وسيد56.

1315 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص507 ويحيى129 وسيد56.

1316 – في المطبوع والعفاء وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة، ص155.

1317 – في المطبوع العفاء وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة، ص155.

1318 – في المطبوع خمدان وما بين المعقوفين من ن عدود ص507 ويحيى129 وسيد56.

1319 – في المطبوع متساقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص507 ويحيى129 وسيد56.

نص خليل وَإِنْ تَنَاهَتِ الثَّمَرَةُ فَلاَ جَائِحَةَ كَالْقَصَبِ الْحُلْوِ وَيَابِسِ الْحَبِّ وَخُيِّرَ الْعَامِلُ فِي الْمُسَاقَاةِ بَيْنَ سَقْيِ الْجَمِيعِ أَوْ تَرْكِهِ إِنْ أُجِيحَ الثلث فَأَكْثَرُ وَمُسْتَثْنًى مِّنَ الثَّمَرَةِ تُجَاحُ بِمَا يُوضَعُ يَضَعُ عَن مُّشْتَرِيهِ بِقَدْرِهِ.

متن الحطاب من ذلك [شيء[1320]]من الأجرة، والأجرة لازمة، ولو كان الفساد من جهة الأرض كالدود [والفار[1321]] والعطش سقط الكراء جميعه، وكذلك إذا زرعها وأمكنه [شربها[1322]] فلم ينبت زرعها فعليه الأجرة من المعونة[للقاضي عبد الوهاب[1323]]. اهـ.

فرع: قال في كتاب الشفعة من المدونة: ولا بأس بشراء شرب يوم أو شهر أو شهرين يسقي به زرعه في أرضه دون شراء أصل العين. قال مالك: وإذا غار الماء فنقص فيه ثلث الشرب الذي ابتاع وضع عنه كجوائح الثمار. قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل الماء فإنه يوضع إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بين، وإن كان أقل من الثلث إلا ما قل مما لا خطب له فلا يوضع لذلك شيء. اهـ. والمسألة أيضا في كتاب التجارة إلى أرض الحرب وفي حريم الآبار. والله أعلم. وقوله: "أو وسارق" كذا في النسخ المصححة بالواو بعد أو [ليدل[1324]] على أن القول الثاني يوافق على ما قاله الأول ويزيد بالسارق.

تنبيه: قال في التوضيح: قال الشيخان وغير واحد وإنما يكون السارق عند ابن القاسم جائحة إذا لم يعرف، وأما إن عرف فيتبعه المشتري مليا أو معدما. اهـ .

508 ص: **ونقصها كذلك** ش: نص عليه ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الجوائح/ ويفهم منه هنا أنه ينظر إلى ما نقصها إن كان قدر ثلث القيمة نقص وإلا فلا.

ص: **والقرط** ش: قال في السلم الأول من التنبيهات: والقضب بفتح القاف وسكون الضاد المعجمة الفصفصة التي تطعم للدواب وهي ألقت إذا كان يابسا، وقال الأصمعي إذا جفت هي القضب، والقرط بضم القاف هو العشب الذي تأكل الدواب وأراه ليس بعربي. اهـ . وهو بالطاء المهملة كذا ذكره في المحكم، والظاهر أنه بسكون الراء، وأما القرظ بفتح القاف والراء وبالظاء المعجمة فهو الذي يدبغ به. قاله في الصحاح.

509 ص: **كالجزر** ش: قال في السلم الثالث من التنبيهات: والجزر بفتح الجيم/ والزاي الإسفنارية، ويقال لها الجزر بكسر الجيم أيضا. اهـ.

ص: **ومستثنى [كيل من[1325]] الثمرة تجاح بما يوضع يضع عن مشتريه بقدره** ش: يعني أن من باع ثمرة واستثنى منها كيلا معلوما، ولا بد أن يكون الثلث فأقل كما تقدم في أول البيوع فأجيحت بما يوضع أي بالثلث فأكثر فلا خلاف أنه يحط عن المشتري مقابل المجاح من الثمن، واختلف هل يحط من الكيل المستثنى بقدر ما أجيح وهو رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك، وبها قال ابن القاسم وأصبغ، وروى ابن وهب أنه لا يحط من الكيل المستثنى شيء، ومشى المؤلف على الرواية الأولى، وبها صدر ابن الحاجب، وعطف الثانية بقيل، وإلى ذلك أشار المؤلف بقوله: "يضع عن مشتريه" يعني أنه يوضع من الكيل المستثنى بقدر ما أجيح فتأمله. والله أعلم. واحترز بقوله تجاح

الحديث ....

[1320] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى129.

[1321] – في المطبوع والنار وما بين المعقوفين من يحيى129.

[1322] *– في المطبوع مشتريها وما بين المعقوفين من يحيى129 وسيد56.

[1323] – ساقطة من المطبوع ووردت في المسائل الملقوطة، ص195.

[1324] – في المطبوع ليدخل وما بين المعقوفين من ن عدود ص507 ويحيى130 وسيد56.

[1325] –في جواهر الإكليل ومستثن كيل معلوم من الثمرة الخ.

نص خليل **فصل** إن اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي جِنْسِ الثمَنِ أَوْ نَوْعِهِ حَلَفَا وَفُسِخَ وَرَدَّ مَعَ الْفَوَاتِ قِيمَتَهَا يَوْمَ بَيْعِهَا وَفِي قَدْرِهِ كَمَثْمُونِهِ أَوْ قَدْرِ أَجَلٍ أَوْ رَهْنٍ أَوْ حَمِيلٍ حَلَفَا وَفُسِخَ إِنْ حُكِمَ بِهِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا كَتَنَاكُلِهِمَا.

متن الحطاب [بما[1326]] يوضع مما لو أجيح دون الثلث فإنه لا يوضع من المستثنى شيء، ويأخذ البائع جميع ما استثنى. قاله في التوضيح.

اختلاف المتبايعين: تكلم في المدونة على مسائله في السلم الثاني وتضمين الصناع والخيار، وتكلم على بعض مسائله في غير ذلك.

ص: **فصل إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن** ش: يريد أو المثمون قال ابن عرفة إن اختلفا في جنس أحد العوضين كتمر وبر تحالفا وتفاسخا. اهـ.

ص: **وفي قدره كمثمونه** ش: أي اختلافهما في قدر مثمونه، وأما اختلافهما في جنس المثمون أو نوعه فداخل في اختلافهما في جنس الثمن كما تقدم، ويحتمل أن يكون التشبيه راجعا لجميع ما تقدم وهو الظاهر. والله أعلم.

510 **مسألة:**/ إذا اختلفا فقال بعتني نصف جاريتك فقال بل ربعها فقال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة لو أن رجلا أتى إلى رجل فقال بعتني نصف جاريتك فقال له صاحبها ما بعتك إلا ربعها حلف وكان القول قوله مع يمينه ولو أن صاحبها قال لصاحبه قد بعتك نصف جاريتي وطلب منه الثمن فقال ما اشتريت منك إلا ربعها كان القول قوله مع يمينه. قال ابن رشد: ظاهره أن القول قول من ادعى الأقل منهما مع يمينه كان البائع أو المبتاع، فإن نكل عن اليمين حلف الذي ادعى النصف واستحقه إن كان هو المبتاع أو استحق ثمنه إن كان هو البائع، وقال أبو إسحاق التونسي الصواب أن يتحالفا ويتفاسخا لأنهما، وإن لم يختلفا في الثمن فمن حجة المبتاع أن يقول لم أرض شراء الربع وإنما رغبت في النصف.

قال: ولعل ذلك [إرادته في الرواية[1327]] فيكون إنما قصد إلى أنه لا يصدق مدعي النصف في الربع ولم يتكلم على تمام التحالف، ولم يقل أبو إسحاق إنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا ادعى البائع أنه باع النصف وقال المشتري لم أشتر إلا الربع سكت عن ذلك، فانظر هل يستويان عنده أو بينهما فرق؟ والأظهر عندي الفرق بينهما ولا اختلاف في أنهما لا يتحالفان ويتفاسخان إذا كان البائع يدعي أنه باع النصف، وإنما الخلاف هل يتحالفان ويتفاسخان أم لا؟ إذا كان المبتاع هو يدعي النصف؛ لأن الجملة قد يزاد في ثمنها فمن حجة المشتري أن يقول لا أرضى أن آخذ الربع بالسوم الذي اشتريت به النصف والبائع إذا أخذ منه الربع بالسوم الذي رضي أن يبيع به النصف لم يكن له حجة. اهـ .

ص: **أو قدر أجل** ش: أي اختلفا في قدر الأجل فقال البائع إلى شهر وقال المبتاع إلى شهرين فإن كانت السلعة لم تفت فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، وأما إذا فاتت فإن القول قول المبتاع قاله في

الحديث ....

1326 – في المطبوع مما ويحيى130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص509.

1327 *– في المطبوع إرادته الرواية وما بين المعقوفين من يحيى130 وسيد56 والبيان والتحصيل ج12 ص13 وأقره الشيخ محمد سالم.

نص خليل

وَصُدِّقَ مُشْتَرٍ ادَّعَى الأَشْبَهَ وَحَلَفَ إِنْ فَاتَ وَمِنْهُ تَجَاهُلُ الثمَنِ وَإِنْ مِنْ وَارِثٍ وَبُدِّئَ الْبَائِعُ وَحَلَفَ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى خَصْمِهِ مَعَ تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي انْتِهَاءِ الأَجَلِ فَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ التَّقَضِّي وَفِي قَبْضِ الثمَنِ أوِ السِّلْعَةِ فَالأَصْلُ بَقَاؤُهُمَا إلاَّ لِعُرْفٍ كَلَحْمٍ أَوْ بَقْلٍ بَانَ بِهِ وَلَوْ كَثُرَ.

متن الحطاب

تضمين الصناع من المدونة. واعلم أن الاختلاف في الأجل على ثلاثة أوجه: الأول: أن يختلفا في أصل الأجل فيدعي البائع الحلول ويدعي المشتري التأجيل. الثاني: أن يتفقا على التأجيل ويختلفا في قدر الأجل. الثالث: أن يتفقا على التأجيل وعلى قدر الأجل ويختلفا في حلوله، وأما المسألة الأولى فلم يذكرها المصنف، وذكر الثانية والثالثة فالثانية هي قوله في هذه القولة: "وقدر أجل" والثالثة هي قوله بعد هذا وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، وذكر في كتاب تضمين الصناع من المدونة الثلاث وذكر أن حكم المسألة الأولى والثانية إذا كانت السلعة قائمة/ سواء وهو أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وأما إذا فاتت السلعة بحوالة سوق [فأعلى[1328]] فالقول في المسألة الأولى قول البائع؛ لأن المشتري مدعي الأجل وفي الثانية قول المشتري؛ يريد إذا ادعى ما يشبه كما يفهم من كتاب السلم الثاني، وأما المسألة الثالثة فذكر في تضمين الصناع أن القول قول المبتاع، وهو موافق لما قاله المصنف؛ أعني قوله: "فالقول لمنكر التقضي"، وإنما قال لمنكر التقضي ولم يقل للمبتاع ليدخل في ذلك المسلم إليه فإن القول قوله إذا اختلفا في حلول الأجل.

511

تنبيه: يقيد قول المصنف: "فالقول لمنكر التقضي" بما إذا ادعى ما يشبه كما قاله في السلم الثاني من المدونة.

ص: **وصدق من ادعى الأشبه وحلف إن فات** ش: في كثير من النسخ مشتري وهو تصحيف، والذي في نسخة الشارح في الأصغر وحلف من ادعى الأشبه بلفظ من المصادقة على البائع والمشتري وهذا كالقيد لقوله تحالفا وتفاسخا؛ يعني أن محل التحالف والتفاسخ إذا ادعيا ما لا يشبه أو ادعيا معا ما يشبه، أما إن ادعى أحدهما ما يشبه فإنه يصدق، لكنه إنما يصدق بشرطين الأول منهما أن يحلف، الثاني أن تكون السلعة فائتة، فقوله: "إن فات" شرط في قوله: "وصدق من ادعى الأشبه"، ومفهوم قوله: "إن فات" أنه إن لم تفت السلعة لم يصدق من ادعى الأشبه وهو المشهور كما قاله في التوضيح، وانظر كلام المدونة في السلم الثاني.

512

ص: **فالأصل بقاؤهما إلا لعرف** ش: قال في اللباب الخامس: أن يختلفا في القبض./ والأصل بقاء كل عوض بيد صاحبه، فإن قامت بينة أو ثبت عرف عمل عليه وقد ثبت فيما يباع في الأسواق في اللحم والخبز والفاكهة وشبه ذلك، فإن قبضه المبتاع وبان به فالقول قوله في دفع العوض وإن لم يبن به فالقول قوله أيضا عند ابن القاسم، وقول البائع في رواية أشهب، وقال يحيى بن عمر القول قول المشتري فيما قل [والبائع[1329]] فيما كثر، وأما غير ذلك من السلع والحيوانات والعقار فإن القول فيه قول البائع مع يمينه ما لم يمض من الزمان ما لا يمكن الصبر إليه كالعشرين سنة ونحوها. ابن

الحديث

....

[1328] – في المطبوع فأعلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص511 ويحيى130.

[1329] – في المطبوع وفي البيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص512 ويحيى131 وسيد56.

نص خليل وَإلاَّ فَلاَ إنِ ادَّعَى دَفْعَهُ بَعْدَ الأَخْذِ وَإلاَّ فَهَلْ يُقْبَلُ أَوْ فِيمَا هُوَ الشَّأْنُ أَوْ لاَ أَقْوَالٌ وَإِشْهَادُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ مُقْتَضٍ لِقَبْضِ مُثْمَنِهِ وَحَلَّفَ بَائِعَهُ إنْ بَادَرَ كَإِشْهَادِ الْبَائِعِ بِقَبْضِهِ.

متن الحطاب بشير: وذلك راجع إلى العادة. اهـ. وانظر ابن بشير فدخل تحت الكاف في قول المصنف: "كلحم" [ما[1330]] إذا طال الزمان في غير اللحم والبقل طولا يقتضي أنه لا [يصبر[1331]] إليه بترك القبض.

ص: **وإلا فلا إن ادعى دفعه بعد الأخذ** ش: وهذا كله إذا كان المشتري قد قبض السلعة. قال في التوضيح عن البيان: وأما إن لم يقبض المشتري المثمون وادعى أنه دفع الثمن فلا خلاف أنه لا يعتبر قوله. اهـ.

ص: **وإلا فهل يقبل الدفع أو فيما هو الشأن أو لا أقوال** ش: يعني أنه إذا ادعى المشتري أنه دفع الثمن قبل أن يقبض السلعة فاختلف هل يقبل قوله في الدفع، أو لا يقبل قوله، أو يقبل فيما هو الشأن؟ ذكر هذه الأقوال. ابن رشد في رسم الأقضية من سماع أشهب من جامع البيوع، ووجه القول بأنه يقبل قول المبتاع بأنه قد كان من حق البائع أن لا يدفع سلعته للمبتاع حتى يقبض ثمنه فدفعه إليه السلعة دليل على أخذ الثمن، ووجه القول الثاني أن المبتاع مقر بقبض المثمون [مدع لدفع[1332]] الثمن، ووجه الثالث ظاهر، وبهذا يظهر الفرق بين ما إذا ادعى الدفع قبل الأخذ وبين ما إذا ادعى الدفع بعده فإنه إذا ادعى الدفع قبله كان قبضه للسلعة كالشاهد؛ لأن من حق البائع منعه منها حتى يقبض الثمن، وأما إذا ادعى الدفع بعد أخذ السلعة فقد وافق على أنه قبض السلعة ولم يدفع الثمن وإنما دفعه بعد ذلك فهو مدع للدفع فعليه البينة، على أن ابن محرز والرجراجي لم يفرقا بين دعواه الدفع قبل أخذ السلعة أو بعدها، ونقل ابن عرفة كلام ابن محرز وعارض فيه كلام ابن رشد.

ص: **وإشهاد المشتري بالثمن مقتض لقبض مثمنه** ش: قال الشارح: يريد أن المشتري إذا أشهد على نفسه أن الثمن في ذمته فإن ذلك مقتض لقبض مثمونه وهو السلعة إلى آخر كلامه.

تنبيه: وفي رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ أن إشهاد المشتري على البائع بدفع الثمن إليه مقتض لقبض السلعة إذا قام بعد شهر فأكثر، فيكون القول قول البائع أنه دفعها بيمينه. قال: وإن قام بالقرب كالجمعة فالقول قول المشتري أنه لم يقبض، وعلى البائع البينة. قال في المسائل الملقوطة: مسألة فيمن باع عرضا أو حيوانا/ إلى أجل وكتب به وثيقة فلما حل الأجل أنكر المشتري أن يكون قبض السلعة فهو مصدق إلا أن تعاين البينة قبضه من الإحكام لمسائل الأحكام. اهـ كلامه فتأمله. والله أعلم. 513

ص: **كإشهاد البائع بقبضه** ش: بذلك أفتى بعض المالكية في القرض فتأمله. والله أعلم. وانظر رسم الأقضية من سماع أصبغ من جامع البيوع، وانظر البرزلي في مسائل البيوع.

الحديث

[1330] *- في المطبوع كما وفي يحيى131 وسيد56 ما.

[1331] *- في الطبوع يصير وسيد56 يصير وفي يحيى131 يصبر

[1332] - في المطبوع دفع بدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص512 ويحيى131 وسيد57.

نص خليل

وَفِي الْبَتِّ مُدَّعِيهِ كَمُدَّعِي الصِّحَّةِ إن لَّمْ يَغْلِبِ الْفَسَادُ وَهَلْ إلاَّ أَنْ يَخْتَلِفَ بِهِمَا الثَّمَنُ فَكَقَدْرِهِ تَرَدُّدٌ وَالْمُسْلَمُ إلَيْهِ مَعَ فَوَاتِ الْعَيْنِ بِالزَّمَنِ الطَّوِيل أو السِّلْعَةِ كَالْمُشْتَرِي فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ إن ادَّعَى مُشْبِهًا وَإِن ادَّعَيَا مَالا يُشْبِهُ فَسَلَمُ وَسَط وَفِي مَوْضِعِهِ صُدِّقَ مُدَّعِي مَوْضِع عَقْدِهِ وَإِلاَّ فَالْبَائِعُ وَإِن لَّمْ يُشْبِهْ وَاحِدٌ تَحَالَفَا وَفُسِخَ كَفَسْخِ مَا يُقْبَضُ بِمِصْرَ وَجَازَ بِالْفُسْطَاطِ وَقُضِيَ بِسُوقِهَا وَإِلاَّ فَفِي أَيٍّ مَكَانٍ مِنْهَا.

باب شَرْطُ السَّلَمِ قَبْضُ رَأسِ الْمَالِ كُلِّهِ أَوْ تَأخِيرُهُ ثَلاثًا وَلَوْ بِشَرْطٍ.

متن الحطاب

ص: **وفي ألبت مدعيه** ش:

فرع: فإن اتفقا على أن البيع وقع على خيار وادعى كل واحد منهما أن الخيار له دون صاحبه فقيل يتحالفان ويتفاسخان، وقيل يتحالفان ويكون البيع بتا والقولان لابن القاسم في العتبية. قاله الرجراجي في السلم الثاني.

ص: **وهل إلا أن يختلف [بهما][1333] الثمن** ش: أي بالصحة مثال ذلك إذا ادعى أنه باعه الأم دون ولدها بمائة وادعى المشتري أنه اشتراها مع ولدها. قاله البساطي.

قلت: ومن الأول ما إذا ادعى البائع أنه باعها بمائة مثلا، وقال المشتري اشتريتها بقيمتها أو بما تساوي وكان قيمتها دون ذلك.

514 ص: **وإن ادعيا ما لا يشبه فسلم وسط** ش: تصوره من كلام/ ابن غازي ظاهر.

فرع: قال في المتيطية في ترجمة السلم الفاسد: وإن تناقضا السلم واختلفا في مبلغ رأس المال فالقول قول الذي عليه السلم. اهـ. يريد –والله أعلم– إذا أتى بما يشبه.

كتاب السلم

ص: **باب شرط السلم قبض رأس المال كله** ش: قال ابن عرفة: السلم عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة، غير متماثل العوضين، فيخرج شراء الدين وإن ماثل حكمه حكمه لأنه لا يصدق عليه عرفا، والمختلفان يجوز اشتراكهما في شيء واحد والكراء المضمون والقرض، ولا يدخل إتلاف المثلي غير عين ولا هبة غير معين. انتهى. وأما حكمه فقال المشذالي في حاشيته في أول السلم الأول صرح في المدونة بأنه رخصة مستثنى من بيع ما ليس عندك. انتهى. وقال ابن عبد السلام: والشروط التي يذكرها المؤلف يعني ابن الحاجب هي في جوازه فحكمها أجدر بالجواز لقوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وللحديث من[1] أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والإجماع على جوازه انتهى.

تنبيه: قال الجزولي في الكبير: روي عن ابن عمر كراهة تسميته بالسلم قال: لأن السلم اسم الله فكرهه؛ لأن فيه تهاونا. قال في المدارك: وكان شيخنا يكره تسميته بالسلم، ثم قال: والصحيح أنه يجوز أن يسمى بالسلم. انتهى. وقال ابن عبد السلام: وكره بعض السلف لفظة السلم في حقيقته العرفية التي هي أحد أنواع البيع ورأى أنه إنما يستعمل لفظ السلف أو التسليف صونا منه للفظ السلم عن

الحديث

1 – التمهيد، موسوعة شروح الموطأ، ج17 ص328.

[1333] – في المطبوع بها وما بين المعقوفين من نسخة محمد يحي ولد ابوه من المختصر،ص186 والميسر،ج2، ص129.

نص خليل وَفِي فَسَادِهِ بِالزِّيَادَةِ إن لَّمْ تَكْثُرْ جِدًّا تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب التبذل في الأمور الدنيوية ورأى أنه قريب من لفظ الإسلام. ثم قال: والصحيح جوازه لا سيما، وغالب استعمال الفقهاء إنما هو صيغة الفعل مقرونة بحرف في فيقول أسلم في كذا فإذا أرادوا الاسم أتوا بلفظة السلم، وقل ما يستعملون لفظة الإسلام في هذا الباب وفي الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[1]}. اهـ.

وقال في المتيطية بعد أن ذكر في صفة الوثيقة أنك تقول أسلم فلان ابن فلان الفلاني إلى فلان ما نصه: قولنا في أول هذا النص أسلم فلان ابن فلان إلى فلان هو الصواب، وإن [شئت[1334]] قلت سلف وكلاهما حسن، وإن شئت ابتدأت العقد بدفع فلان إلى فلان كذا وكذا سلما، وقال ابن العطار في وثائقه: جائز أن يقول سلم وأسلم، وفي وثائق محمد بن محمد الباجي: جائز أن يقول سلم وأسلف، ويكره أن يقول أسلم فلان، وروى ذلك [عن[1335]] [عبد الله بن عمر[1336]] وقال إنما الإسلام لله رب العالمين. اهـ. وقول المصنف: "قبض رأس المال كله" تصوره من كلام الشارح ظاهر، وقال ابن عبد السلام: لا أعلم خلافا في كون تعجيل رأس المال عزيمة، وأن الأصل التعجيل، وإنما الخلاف هل يرخص في تأخيره؟

تنبيه: قال المتيطي بعد أن ذكر صفة وثيقة تكتب فيما إذا تعاقدا السلم على الصحة ثم امتنع المسلم من الدفع أو المسلم إليه من القبض حتى حل أجل السلم ما نصه: فإذا ظفر الطالب منهما بالفار وأثبت هذا العقد على عينه أو لم يظفر به وأثبته في مغيبه قضى السلطان عليه بإمضاء الصفقة إن كان [الفار المسلم[1337]] إليه بعد الإعذار إليه وعجزه عن الدفع وأخذه ذلك منه في حضوره للمسلف بعد حلول الأجل وفي مغيبه يقضى بذلك عليه في ماله وترجى له الحجة إلى حضوره، وإن كان المسلم إليه هو الطالب للمسلف فلا يقضى على المسلف بشيء ويفسخ السلف وإن كان المسلف هو الفار ثم جاء يطلب المسلم إليه وأبى المسلم إليه من إمضاء السلف لم يقض عليه بذلك، وإذا وقع بين المتصارفين مثل هذا أو فر أحدهما لزم الفار منهما الصرف متى ظفر به. اهـ. وانظر كلام ابن عبد السلام فإنه يظهر منه أن الكلام إنما يأتي على القول بعدم فساد السلم إذا تأخر زمنا طويلا من غير/ شرط، وانظر أيضا كلام الذخيرة، وانظر ما ذكره في المتصارفين مع ما تقدم لسند عند قول المصنف في باب الخيار: "وبدء المشتري للتنازع". والله أعلم. 515

ص: وفي فساده بالزيادة إن [لم[1338]] تكثر جدا تردد ش: اعلم أن القول بالفساد والقول بعدمه كلاهما لمالك في المدونة، فأشار بالتردد لتردد سحنون في النقل عنه، والقول بالفساد هو في السلم الثاني، ونصه على [نقل[1339]] ابن عرفة: وفي التهذيب: وإن ادعى أحدهما [أنهما[1340]] لم يضربا لرأس المال

الحديث [1] – التمهيد، موسوعة شروح الموطأ، ج17 ص328.

[1334] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص514 ويحيى132 وسيد57.

[1335] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص514 ويحيى132 وسيد57.

[1336] *- في المطبوع عبد الله عن ابن عمر وفي سيد57 ويحيى132 عبد الله بن.

[1337] – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص514 ويحيى132 وسيد57.

[1338] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

[1339] *- في المطبوع قول وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو في يحيى132 وسيد57.

[1340] *- في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من يحيى132 وسيد57.

نص خليل ....

متن الحطاب أجلا وأن رأس المال تأخر شهرا بشرط وأكذبه الآخر فالقول قول مدعي الصحة، قال عبد الحق: نقص أبو سعيد من هذه المسألة؛ لأن نصها في الأم قال: الذي عليه السلم لم أقبض رأس المال إلا بعد شهر أو شهرين أو كان شرطنا ذلك فاقتصر أبو سعيد على مسألة الشرط وترك الأخرى وهي يستفاد منها أن تأخير رأس المال [بغير شرط إلى الامد[1341]] البعيد يفسده. [اهـ[1342]] والقول بعدم الفساد، قال في التوضيح: هو قوله في [السلم[1343]] الثالث إن [تأخر رأس المال[1344]] أكثر من ثلاثة أيام من غير شرط الأمد اليسير فيجوز ما لم يحل الأجل فلا يجوز. اهـ. وقوله: "ما لم يحل الأجل" هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله: "ما لم يكثر جدا". والله أعلم. ونحوه ما قاله ابن عرفة عن ابن الحارث في السلم، ونصه: ابن حارث اتفقوا على أنه لا يجوز تأخير رأس ماله المدة الطويلة. اهـ. وقال ابن عبد السلام: إن أخر رأس مال السلم أكثر من يومين على القول الأول؛ يعني في كلام ابن الحاجب أو أكثر من ثلاثة، وذلك بغير شرط فهل يبطل السلم؟ في ذلك قولان؛ أحدهما فساد السلم، وهو مذهب المدونة، والثاني أنه لا يفسد، وهو قول ابن القاسم وأشهب، والقولان معا لمالك، والذي ذكرناه عن المدونة منهما هو ظاهر منها في بعض المواضع، وفي موضع آخر منها إن تأخر رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام من غير شرط فيجوز ما لم يحل الأجل فلا يجوز والأقرب أن السلم فاسد؛ لاستلزامه الوقوع في بيع الدين بالدين. اهـ.

وقال ابن بشير: إذا تأخر رأس مال السلم فلا يخلو إما أن يكون بشرط أو بغير شرط، فإن كان بشرط فطال الزمان المشترط فهو عقد فاسد يفسخ إن [نزل،[1345]] وإن [قصر[1346]] جاز، وحد هذا في الكتاب باليومين، وفي كتاب الخيار بالثلاثة، وإن طال بغير شرط فلا يخلو إما أن يكون رأس المال يعرف بعينه كالعرض والحيوان أو لا يعرف كالنقدين، وإذا كان يعرف فلا يخلو إما أن يكون مما يغاب عليه كالثياب وما في معناها أو لا يغاب عليه كالحيوان، فإن كان من العروض التي يغاب عليها كره ولم يفسخ إن [نزل،[1347]] وإن كان مما لا يغاب عليه فقد جعله كالوديعة عند [المسلم فلا[1348]] يكره، وإن كان مما لا يعرف بعينه كالنقدين فقولان: أحدهما أنه يفسخ إن نزل، وهو المشهور؛ لحصول الدين بالدين، والثاني أنه لا يفسخ؛ لأنهما لم يدخلا على التأخير. اهـ. فعلم من كلامه أنه إذا زاد التأخير على الثلاثة بغير شرط كان تأخيرا طويلا؛ لأن حد القصير ما كان دون الثلاث، وأن المشهور أنه يفسخ، وحيث كان هذا القول بهذه المثابة فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه. والله أعلم.

الحديث ....

1341 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

1342 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

1343 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

1344 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

1345 *– في المطبوع ترك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد57 ويحيى132.

1346 – في المطبوع قصد وما بين المعقوفين من ن عدود ص515 ويحيى132 وسيد57.

1347 *– في المطبوع ترك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد57.

1348 *– في المطبوع السلم فإنه وما بين المعقوفين من يحيى132 وسيد57.

نص خليل وَجَازَ بِخِيَارٍ لِمَا يُؤَخَّرُ إن لَّمْ يُنْقَدْ.

متن الحطاب ص: وجاز بخيار لما يؤخران لم ينقد ش: قال في المدونة في كتاب الخيار: ولا بأس بالخيار في السلم إلى أمد قريب يجوز تأخير النقد إلى مثله كيومين أو ثلاثة إذا لم يقدم رأس المال، فإن قدمه كرهت ذلك؛ لأنه يدخله بيع وسلف جر منفعة، وإن تباعد أجل الخيار كشهر أو شهرين لم يجز قدم النقد أم لا، ولا يجوز الخيار في شيء من البيوع إلى هذا الأجل، فإن عقد البيع على ذلك ثم ترك الخيار مشترطه قبل التفرق لم يجز لفساد العقد. اهـ. قال عياض في التنبيهات: ابن محرز ظاهر قوله أنه تكلم إذا كان رأس المال عينا، ولم يذكر لو كان عبدا أو دابة أو دارا، واستصوب أن يعتبر الجنس الذي هو رأس مال السلم الذي اشترط الخيار فيه فيضرب له من الأجل أجل مثله. عياض: ظاهر الكتاب يدل على خلاف اختياره، وتعليله بأن لهما إجازة/ ذلك لأنه يجوز أن يؤخر رأس المال يومين أو ثلاثة، وقوله فلما اشترط الخيار إلى الموضع الذي يجوز تأخيره إليه جاز وهو أبين، ولأنا إذا ضربنا مثل ذلك الأجل في السلم فحش وكثر فيه [الغرر[1349]] ولم يدر مسلم الدار متى يختارها صاحب الطعام هل الساعة فيكون انتظار قبض طعامه إلى شهر؟ أو هل يختارها آخر الشهر فيستأنف انتظار سلمه منه إلى شهرين وقد تتضع الأسواق أو ترتفع؟. اهـ. وقال ابن عبد السلام: لا يجوز أن يكون أمد الخيار هنا أكثر من يومين وسواء كان [رأس المال[1350]] مما يجوز الخيار فيه ثلاثة أيام باتفاق ولا أكثر من يومين، على قول من يمنع تأخير رأس مال السلم أكثر من يومين، وسواء كان رأس المال مما يجوز الخيار فيه لو بيع بالنقد أكثر من ثلاثة أيام أو لا. اهـ. وذكر ابن عرفة كلام ابن محرز ورده من وجه آخر، ونصه: ابن محرز: ظاهر قولها أن رأس المال عين وربما كان عبدا أو دابة أو ثيابا أو دارا وأمد الخيار يختلف في هذه الأشياء بيعت بنقد أو تأخير، فالصواب عندي أن يعتبر ذلك فيها فيضرب فيها من الأجل بقدر ما يحتاج إليه.

516

قلت: لا يلزم من الحكم بسعة أمد الخيار فيما بيع عليه بدين كونه أي الخيار كذلك إن كان [رأسا لمال السلم[1351]] لأن الموجب للفساد في تأخير رأس مال السلم إنما هو الأجل الذي يؤل به أمرهما إلى الدين بالدين والأجل في بيع الأجل بعين أضعف منه [في السلم[1352]] لأنه في بيع الأجل قابل للسقوط بتعجيل المدين الثمن، ويجبر ربه على قبضه بخلاف السلم، ولا يلزم من عدم تأثير الأجل المعروض للسقوط [الفساد[1353]] عدم تأثير الأجل القوي ذلك. اهـ. وقول المصنف: "إن لم ينقد" مفهومه إن نقد لا يصح وهو كذلك، قال في التوضيح: الثاني يعني من شرطيه أن لا ينقد ولو تطوعا وإلا فسد. اهـ. وقال ابن عبد السلام بعد أن تكلم على هذا الشرط وبحث فيه ما نصه: وهذا كله بعد تسليمه إنما يتم إذا كان رأس المال مما لا يعرف بعينه كالدنانير والدراهم، وأما إن كان مما يعرف

الحديث ....

[1349] – في المطبوع العذر وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى132 وسيد57.

[1350] – في المطبوع الخيار وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى132 وسيد57.

[1351] – في المطبوع رأس المال سلما وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى132 وسيد57.

[1352] *– في المطبوع بالسلم وما بين المعقوفين من يحيى133 وسيد57.

[1353] – في المطبوع الفاسد وسيد57 وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى133.

نص خليل وَبِمَنْفَعَةِ مُعَيَّنٍ وَبِجِزَافٍ وَتَأْخِيرُ حَيَوَانٍ بِلاَ شَرْطٍ وَهَلِ الطَّعَامُ وَالْعَرْضُ كَذَلِكَ إِنْ كِيلَ وَأُحْضِرَ أَوْ كَالْعَيْنِ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب بعينه كالثياب والحيوان وغيرهما فيجوز فيه التطوع بالنقد. اهـ . ونقله في التوضيح، ونحوه في ابن عرفة.

تنبيه: قال أبو الحسن عن عبد الحق: قال بعض القرويين: وإذا تطوع بالنقد في الخيار في السلم فأخبر بإفساد ذلك فرجع فأخذ ما نقد قبل تمام الخيار أو بعده صح السلم؛ لأن عقده في الأصل صحيح، وإنما أفسده ما أحدثاه فإذا أبطلا ما أحدثا لم يبطل العقد الصحيح. اهـ. وأما اشتراط النقد فهو مفسد لبيع الخيار، وتقدم عن عبد الحق أنه ينبغي أن لا يصح البيع وإن أسقط شرط النقد فأحرى هنا. والله أعلم.

ص: **وبمنفعة معين** ش: قال ابن عرفة: ولو حل أجل الطعام المسلم فيه قبل استيفاء المنفعة التي هي رأس المال. اهـ . ونقله عن ابن حارث. والله أعلم.

ص: **وبجزاف** ش: قال ابن الحاجب: والمجازفة في غير العين جائزة كالبيع اتفاقا. اهـ. وقوله: "غير العين" يريد الدنانير والدراهم. قال في المدونة: ولا بأس أن يسلم تبرا أو نقارا من فضة أو ذهب جزافا لا يعلمان وزنهما في سلعة إلى أجل. اهـ . وإنما قال المصنف: "بجزاف" وأطلق لأن مراده شروطه المتقدمة في البيع قال في الشامل: وجاز بمنفعة معين وجزاف [بشرطه[1354]] على المعروف. اهـ. والله أعلم.

ص: **وتأخير حيوان بلا شرط** ش: قال في أوائل السلم الثاني من التهذيب: وإذا كان رأس مال السلم عرضا أو طعاما أو حيوانا بعينه فتأخر قبضه الأيام الكثيرة أو الشهر أو إلى الأجل، [فإن[1355]] كان ذلك بشرط فسد البيع، وإن لم يكن بشرط وكان ذلك هروبا من أحدهما فالبيع نافذ مع كراهة مالك لهما في ذلك التأخير البعيد بغير شرط. اهـ. وظاهر هذا اللفظ أن تأخير الحيوان مكروه وليس كذلك لما تقدم في كلام ابن بشير، وصرح به في المدونة في غير هذا الموضع، وفي الجواهر: أما تأخيره [بالشرط[1356]] زيادة على الثلاث يفسد العقد، وأما بغير شرط ففي الفساد قولان في العين خاصة،

517 ولا يفسد تأخير العرض ولكن يكره. اهـ. فعلم من كلام ابن بشير/ المتقدم عند قوله: "وفي فساده بالزيادة" وكلام المدونة المذكور، ومن كلام الجواهر أن الزيادة على الثلاث بشرط مفسدة في العين وغيرها. والله أعلم.

ص: **وهل الطعام والعرض كذلك إن كيل وأحضر أو كالعين تأويلان** ش: يحتمل على بعد أن يقال إن المصنف إنما قصد بقوله كالعين أنهما شبيهان بالعين وإن كيلا وأحضرا في كونهما يغاب عليهما فيكون التأخير فيهما مكروها لقربهما من العين الممنوع فيها التأخير فإنه لا يلزم أن يكون

الحديث ....

[1354] - في المطبوع بشرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى133 وسيد57.

[1355] - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص516 ويحيى133 وسيد57.

[1356] *- في المطبوع فاشرط وما بين المعقوفين من يحيى133 وسيد57.

نص خليل وَرُدَّ زَائِفٌ وَعُجِّلَ.

متن الحطاب المشبه في منزلة المشبه به أو شبههما بالعين؛ لأن المطلوب فيهما التعجيل كما هو مطلوب في العين، ولكن الطلب مختلف وهو بعيد جدا، والظاهر أنه مشى على ما قال في التوضيح ينبغي أن تحمل الكراهة على التحريم. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن غازي: قال ابن عبد السلام: قال بعضهم الكراهة في الطعام أشد. انتهى. وكأن ابن غازي لم يره لمن هو أقدم من ابن عبد السلام، وقد نقله أبو الحسن في التقييد الكبير عن ابن يونس عن بعض القرويين، ونصه: ابن يونس: قال بعض أصحابنا هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إن كان رأس المال حيوانا أو رقيقا فتأخر قبضه الأيام الكثيرة أو إلى [الأجل[1357]] فالبيع نافذ بغير كراهية، وإن كان عرضا يغاب عليه فالبيع نافذ مع الكراهية، وإن كان عينا فتأخر كثيرا أو إلى [الأجل[1358]] فسد البيع؛ لأنه لا يعرف، فأشبه ما في الذمة فصار الدين بالدين. قال بعض القرويين: هذا إذا كان الثوب غائبا ولو كان حاضرا حين العقد لا نبغى أن يكون كالعبد لا كراهية في تأخيره والطعام أثقل منه؛ إذ لا يعرف بعينه والعين أشد من الطعام؛ لأن الطعام يشترى لعينه والعين لا يراد لعينه فهو كغير العين فتأخيره يكون دينا بدين. انتهى.

ص: **ورد زائف** ش: رد مصدر مضاف للمفعول كما قال ابن غازي، ويريد المصنف ولو بعد شهر أو شهرين من يوم قبض رأس المال كما ستقف عليه في المدونة.

ص: **وعجل** ش: يريد بالتعجيل أنه لا يتأخر البدل أكثر من ثلاثة أيام، وأما تأخير البدل إليهما فجائز ولو بشرط كما ستقف عليه في لفظ المدونة. قال في التوضيح: وإن حصل قبض رأس المال حسا لم يحصل معنى؛ كما لو اطلع المسلم إليه على أن بعض الدراهم ناقص أو زائف ففي مختصر ابن شعبان إذا جاءه بدرهم ناقص فاعترف الآخر به أنه ينقص من السلم بقدره، ولا شك أن هذا الباب أخف من الصرف، فما جاز في الصرف يجوز هنا أولى، والمشهور هنا هو مذهب المدونة جواز البدل وتأخيره اليومين والثلاثة. انتهى. وفي سلمها الأول وإذا أصاب المسلم إليه رأس المال نحاسا أو رصاصا بعد شهر أو شهرين فله البدل ولا ينتقض السلم إلا أن يعملا على ذلك ليجيزا بينهما الكالىء بالكالىء فيفسخ ذلك. اهـ. فهذا يدل على قولي يريد ولو بعد شهر أو شهرين إلى آخره، وفي التوضيح: المشهور وهو مذهب المدونة جواز البدل وتأخيره اليومين والثلاثة. اهـ. ويشير إلى قوله في المدونة إثر الكلام المتقدم: وإن ردها عليك فقلت سأبدلها بعد يوم أو يومين جاز؛ لأن ذلك كتأخير رأس مال السلم بشرط يومين ونحو ذلك لا أكثر. اهـ. وهذا مستند قولي يريد بالتعجيل أن لا يتأخر إلى آخره.

تنبيهان: الأول: قوله في المدونة في كلامه المتقدم إلا أن يعملا على ذلك إلى آخر هذه الزيادة هي قول أشهب كذا جعلها ابن يونس. قال ابن عبد السلام: والذي قاله يعني أشهب لا يختلف فيه. اهـ. قال أبو الحسن الصغير: وأمرهما محمول على السلامة حتى يتعين غير ذلك. اهـ. ولهذا قال بعض

الحديث ....

[1357] - في المطبوع أجل ويحيى133 وسيد57 وما بين المعقوفين من ن عدود ص517.

[1358] - في المطبوع أجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص517 ويحيى133 وسيد58.

نص خليل وَإلاَّ فَسَدَ مَا يُقَابِلُهُ لاَ الْجَمِيعُ عَلَى الأَحْسَنِ.

متن الحطاب الموثقين على ما نقل في التوضيح وهذا عندي لا يعرف إلا ببينة تشهد على أصل تعاقدهما في الشراء أو بإقرارهما. اهـ.

518 **الثاني:** جعل في الشامل من شرط جواز البدل أن لا يكون نحاسا ولا رصاصا،/ وهو يشير إلى ما نقل في التوضيح وغيره عن سحنون أنه فسر ما في المدونة بأن الدراهم مكروهة أو زيوف، ولو كان نحاسا أو رصاصا ما حل أخذها ولا التبايع بها. اهـ. وما قاله سحنون قال فيه أبو عمران إنه خلاف ظاهر المدونة، ونقل في التوضيح قول أبي عمران وأقره، وهو الظاهر من لفظ المدونة المتقدم، ولكن سحنون هو العالم بها وبمهماتها. والله أعلم.

ص: وإلا فسد ما يقابله لا الجميع على الأحسن ش: أي وإن لم يعجل بل تأخر أكثر مما قلنا وهو أكثر من ثلاثة أيام فسد، وظاهره سواء تأخر بشرط أو بغير شرط، وهو ظاهر كلام أبي الحسن في الكبير. قال في المدونة: إن قلت سأبدلها إلى شهر أو شهرين لم يجز إذ لا يجوز تأخير رأس المال بشرط إلى هذا. اهـ. قال أبو الحسن: يريد ولو بغير شرط. اهـ. وقال ابن بشير: وإن كان التأخير بغير شرط ففيه القولان إذا كان عينا هل يفسخ أم لا؟ اهـ. وقد تقدم عنه أن المشهور الفساد. والله أعلم. واعلم أنه لا يفسد السلم نفس [دخولهما[1359]] على الشرط فإنه نقل ابن عرفة عن ابن محرز أنه قال: قال لنا أبو بكر بن عبد الرحمن لو ترك قوله –يعني في المدونة– سأبدلها لك بعد شهرين وأدرك بعد يومين، فسخ الشرط أخذ [بالدفع،[1360]] وإن لم يدرك حتى طال، فسخ السلم من أوله؛ لأنهما عملا عليه، وقال بعضهم لا ينتقض السلم؛ لأنه وقع صحيحا وينتقض ما أخره فقط وأراه قول أبي عمران وهو أشبه. اهـ. وقال ابن محرز هو الأشبه. اهـ. قال ابن غازي: كأنه الذي أشار إليه المصنف بالأحسن، ويحتمل أن يكون أشار بالأحسن لاختيار الشيخ أبي إسحاق، الذي نقله المتيطي، ونصه: فلو أخره ببدل الزيوف يوما أو يومين جاز ولا يجوز أكثر من ذلك. قال أبو إسحاق: ويجبر على بدلها فإن تأخر ذلك إلى الأجل فالأشبه أن ينتقض القدر الذي تأخر وحده ولا ينتقض جميع السلم. اهـ. ويحتمل أن يكون أشار به إليهما جميعا. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: جعل ابن بشير محل هذا الكلام كله إذا قام بالبدل قبل حلول الأجل فإن لم يقم بالبدل إلا عند حلول الأجل جاز تأخيره ما شاء، وهكذا قال أشهب إذا لم يبق إلا اليومان أو الثلاثة، وهذا جار على المشهور من المذهب أن تأخير رأس مال السلم يومين أو ثلاثة لا يعد دينا بدين. اهـ. ونقله ابن عرفة.

الثاني: قال اللخمي في السلم الأول: إذا كان رأس مال السلم شيئا مما يكال أو يوزن فرده بعيب انتقض السلم، إن كان انعقاد السلم على شيء بعينه ولو لم يكن معينا وكان موصوفا على من أجاز الموصوف على الحلول لم ينتقض السلم برده بالعيب، وإن كان الحكم الرجوع بمثله. اهـ. وقوله على

الحديث ....

[1359] *- في المطبوع دخولها وما بين المعقوفين من يحيى134 وسيد58.

[1360] – في المطبوع بالرفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص518 ويحيى134 وسيد58.

نص خليل ....

متن الحطاب من أجاز الموصوف نقله في الشامل وجزم به فقال: وإن رد رأس المال بعيب وهو غير [معين[1361]] رجع بمثله، وإلا بطل. اهـ.

الثالث: قال اللخمي [أيضا:[1362]] إذا وجب انتقاض السلم لرد رأس المال بعيب وكان بعد قبض المسلم فيه، فإن كان قائما بيد المسلم رده، وإن حالت سوقه أو حدث به عيب أو خرج من يده نظرت، فإن كان المسلم فيه عروضا أو عبيدا أو حيوانا رد قيمته يوم قبضه، ولو كان الآن موجودا في يده، وإن كان مما يكال أو يوزن كالطعام والحديد والنحاس كان لبائعه أن يأخذ عينه إن كان موجودا بيد المسلم أو مثله إن لم يكن موجودا ولا تفيته حوالة الأسواق.اهـ. ونقله ابن عرفة، ونقله في الشامل، وزاد بعد قوله حوالة [الاسواق[1363]] على المنصوص فإن اللخمي خرج فيه قولا بأن حوالة الأسواق تفيته. والله أعلم.

الرابع: إذا شرط تعين الدنانير والدراهم فقيل الشرط لازم، وقيل لا يلزم، وقيل لازم إن كان من بائع الدنانير وساقط من مشتريها فعلى الأول الحكم ما تقدم في كلام المصنف، وعلى لزوم الشرط يجوز الخلف إذا رضيا جميعا، ولا يدخله الكالئ؛ لأنه إذا صح التعين صار بمنزلة لو كان رأس المال ثوبا أو عبدا، فإذا ردها انتقض السلم وما تراضيا عليه سلم مبتدأ وعلى الثالث إن/ شرط ذلك المسلم لها 519 جاز الخلف إذا رضي وحده وإلا فسخ، وإن شرط [المسلم إليه[1364]] عاد الجواب كالقول الأول، وقد اختلف فيمن شرط شرطا ليس بفاسد ولا يتعلق بالوفاء به منفعة هل يلزم الوفاء به [والدنانير[1365]] والدراهم لا تختلف الأغراض فيها إلا أن يعلم أن ذلك [الشرط[1366]] كان [لمعنى؛[1367]] [كأن[1368]] يشترط ذلك بائعها [لأنه[1369]] لا شيء عنده سواها [أو يكون[1370]] له شيء [يشق[1371]] عليه بيعه لخلفها، أو يشترط ذلك مشتريها لحلها، فيكون لكل شرطه؛ لأنه شرط يتعلق به منفعة. اهـ باختصار من اللخمي.

الخامس: إذا ظهر على عيب في المسلم فيه بعد قبضه لم ينتقض السلم بحال، وسواء كان السلم في عبد أو ثوب أو ما يكال أو يوزن وللمسلم أن يرد بالعيب ويرجع بالمثل في الذمة بمنزلة [ما لو لم[1372]]

الحديث ....

[1361] - في المطبوع عين وما بين المعقوفين من ن عدود ص518 ويحيى134 وسيد58.
[1362] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص518 ويحيى134 وسيد58.
[1363] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص518 ويحيى134 وسيد58.
[1364] - في المطبوع السلم ويحيى134 وسيد58 وما بين المعقوفين من ن عدود ص519.
[1365] - في المطبوع من الدنانير وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.
[1366] *- في المطبوع شرط وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى134 وسيد57.
[1367] *- في المطبوع المعنى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى134 وسيد57.
[1368] *- في المطبوع أن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى134 وسيد57.
[1369] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى134 وسيد57.
[1370] *- في المطبوع ويكون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى134 وسيد57.
[1371] *- في المطبوع يضيق وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى134 وسيد57.
[1372] *- في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من يحيى134.

نص خليل ....

متن الحطاب يقبض ذلك ولو كان ظهور العيب بعد حوالة سوقه؛ لأن حوالة الأسواق لا تفيت الرد بالعيب، وإن حدث عنده عيب كان له أن يرد ويغرم ما نقصه العيب ويرجع بمثل [الصفة[1373]] التي كان أسلم فيها فإن أحب الإمساك أو كان خرج من يده بهبة ثم اطلع على عيب فقيل يغرم قيمة ما قبض معيبا ويرجع [بالصفة،[1374]] وقيل يرجع بقدر ذلك العيب شريكا في [الصفة[1375]] فإن كانت قيمة العيب الربع رجع بمثل ربع [الصفة[1376]] التي أسلم فيها شريكا للمسلم إليه، وقيل يرجع بقيمة العيب من الثمن الذي كان أسلم اللخمي وأرى أن يكون المسلم بالخيار بين أن يرد القيمة ويرجع بالمثل وينقص من السلم بقدر العيب. اهـ باختصار أيضا من اللخمي.

السادس: قال في المدونة: "وإن قلت له حين ردها إليك ما دفعت لك إلا جيادا فالقول قولك وتحلف ما أعطيت إلا جيادا في علمك، إلا أن يكون إنما أخذها منك على أن يزنها منك فالقول قوله مع يمينه وعليك بدلها". اهـ. قال أبو الحسن في الكبير: ويحلف الخ، زاد في الوكالات: ولا أعلمها من دراهمي. اهـ. قال أبو الحسن: قال عبد الحق في التهذيب: يريد ويزيد ما يعلم أنها من دراهمه؛ لأنه في أصل الدفع قد يعطي جيادا في علمه ثم الآن يعرف أنها من الدراهم قوله: "في علمك" قال أبو إسحاق: إلا أن يحقق أنها ليست من دراهمه فيحلف على البت، فإن نكل حلف قابضها الراد على ألبت؛ لأنه موقن. اهـ كلام أبي الحسن. وقول أبي إسحاق: "فإن نكل" الظاهر أنه يريد إن نكل، سواء حلف على البت أو على العلم؛ إذ لا فرق. والله أعلم. وقال في المسائل الملقوطة: إذا ادعى البائع أنه وجد الدراهم زيوفا فإن قيد عليه في المسطور أنه قبض طيبة فالبائع مدع والمشتري مدعى عليه وليس [له[1377]] تحليف المبتاع؛ لإقراره بقبضها طيبة [جيدة[1378]]، [وإن[1379]] سقط هذا من العقد حلف له المشتري، ولو قال له المبتاع ما [علمتها[1380]] من دراهمي حلف لقد دفعتها إليك جيادا في علمي وما علمت هذه من دراهمي فإن حقق أنها ليست من دراهمه حلف على البت، فإن رد اليمين على البائع حلف على ألبت أنها دراهمه وما خلطها بغيرها ولزمه بدلها، ودعوى النقص كذلك، وإن قيد البائع أنه قبضها تامة لم يحلف له المشتري ولو دفع له ذلك على التصديق فينبغي أن يكون القول قول البائع. اهـ. وقال أبو الحسن الكبير: وظاهر الكتاب أنه يحلف على العلم، سواء كان صيرفيا أو غير صيرفي، وقال ابن كنانة أما الصراف فإنه يحلف في هذا على البت. اهـ. وقوله: "إلا أن يكون إنما أخذها منك" الخ قال أبو الحسن في الكبير: فإن اختلف الدافع والقابض فقال الدافع إنما أخذتها على المفاصلة

الحديث ....

[1373] - في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58..

[1374] - في المطبوع بالصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.

[1375] - في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.

[1376] - في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.

[1377] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.

[1378] *- في المطبوع جيادا وما بين المعقوفين من يحيى132.

[1379] *- في المطبوع أو إن وما بين المعقوفين من يحيى134 وسيد58.

[1380] - في المطبوع علمت وما بين المعقوفين من ن عدود ص519 ويحيى134 وسيد58.

نص خليل وَالتَّصْدِيقُ فِيهِ كَطَعَامٍ مِنْ بَيْعٍ.

متن الحطاب وقال القابض إنما أخذتها على التقليب فالقول قول الدافع، كالمتبايعين يختلفان في البتل والخيار. اهـ. وانظر قول المؤلف في أوائل البيع: "وعدم دفع رديء أو ناقص".

السابع: قال أبو الحسن في الكبير في شرح هذه المسألة المتقدمة: قال أبو محمد في النوادر: ولا يجبر البائع أن يقبض من الثمن إلا ما اتفق على أنه جيد، فإن قبضه ثم أراد رده لرداءته فلا يجبر الدافع على بدله إلا أن يتفق على أنه رديء. اهـ. وتقدم نحو هذا عن النوادر في باب الخيار عند قول المصنف: "وبدء المشتري للتنازع" وفي أحكام ابن سهل في مسائل البيوع: ومن كان/ عليه دين لرجل 520 فأحضره ليقضيه فقال شاهدان هو رديء، وقال آخرون هو جيد لم يلزم الذي هو له قبضه إلا أن يشاء حتى يتفق على جودته، وإن قبضه الذي هو له فلما قلبه ألفاه رديئا بزعمه أو شهد له بذلك شاهدان وشهد غيرهما أنه جيد لم يجب له رده إلا بالاتفاق على رداءته. اهـ. وأما مسألة الصير في يقول في الرديء إنه جيد أو يغر من نفسه ويظهر المعرفة فذكر ذلك في النوادر في أواخر كتاب الغصب، وقد ذكر في المدونة في كتاب تضمين الصناع مسألة الصير في يغر من نفسه، ونصه: وكذلك الصير في يقول في درهم تريه إياه إنه جيد فيلفى رديئا، فإن غر من نفسه عوقب ولم يغرم. اهـ. وانظر مسألة الاستئجار في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف فإنه ذكر أنه إن لم يغر من نفسه فلا ضمان عليه وهل له أجر أم لا؟ قولان، وإن غر من نفسه فاختلف هل لا ضمان عليه ولا أجرة له أو عليه الضمان وله الأجرة ويحاسبه بها؟ والله أعلم.

ص: **والتصديق فيه كطعام من بيع** ش: هذه المسألة في باب السلم الثاني، قال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير: قال ابن الكاتب في الذي أخذ من غريمه الطعام على التصديق يحتمل أن لا يجوز تصديقه قبل حلول الأجل؛ لأنه إذا صدقه لأجل تعجيله قبل الأجل فيدخله سلف جر منفعة؛ وهو بمعنى ضع وتعجل منه، فعلى هذا إن قوله في الكتاب جاز إنما معناه إذا [كان ذلك[1381]] حلول الأجل، وأما إذا كان قبل الأجل [دخله[1382]] ضع وتعجل ويدخل مع ذلك حط الضمان وأزيدك. اهـ. كلام الشيخ أبي الحسن وهو جار على المشهور؛ إذ قد تقدم للمصنف في أول الصرف أنه لا يحرم التصديق في المعجل قبل أجله.

مسألة: قال ابن رشد في أول رسم من سماع أشهب من كتاب البيوع: من اشترى دارا أو أرضا أو خشبة أو شقة على أن فيها كذا وكذا ذراعا فقيل ذلك كقوله أشتري منك كذا وكذا ذراعا، فإن وجد في ذلك أكثر مما سمى من الأذرع فالبائع شريك له بالزيادة، كالصبرة تشترى على أن فيها عشرة أقفزة فيجد أكثر من عشرة فالزائد للبائع، وإن وجد أقل [مما سمى كان ما نقص[1383]]، كمستحق إن قل لزم المبتاع بأقل بحسابه، وإن كثر كان مخيرا في أخذ ما وجده أو منابه من الثمن أو رده، وقيل ذلك

الحديث ....

[1381] *- في المطبوع كان بعد وما بين المعقوفين من يحيى135 وسيد58.

[1382] *- في المطبوه فله وما بين المعقوفين من يحيى135 وسيد58.

[1383] - في المطبوع مما نقص كان أقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص520 ويحيى135 وسيد58.

نص خليل ثُمَّ لَكَ أَوْ عَلَيْكَ الزَّيْدُ وَالنَّقْصُ الْمَعْرُوفُ وَإِلاَّ فَلاَ رُجُوعَ لَكَ إِلاَّ بِتَصْدِيقٍ أَوْ بَيِّنَـةٍ لَّـمْ تُفَارِقْ وَحَلَفَ لَقَدْ أَوْفَى مَا سَمَّى.

متن الحطاب كالصفة لما ابتاع [إن[1384]] وجد أكثر مما سمى فهو له، وإن وجد أقل خير في أخذه بجميع الثمن أو رده، والقولان قائمان من المدونة من تضمين الصناع ومن رسم أوصى من سماع عيسى من جامع البيوع. اهـ من ابن عرفة مختصرا. وقال ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى إن الثاني من القولين هو الأظهر. والله أعلم. ونقل ابن عرفة هذا جميعه في أواخر بيع الخيار من مختصره، وانظر نوازل سحنون من جامع البيوع في مسألة بيع الخيار والشقة والخشب على أن فيها كذا وكذا ذراعا ثم يوجد أقل من ذلك أو أكثر. والله أعلم.

ص: ثم لك أو عليك [الزيد[1385]] المعروف والنقص ش: يريد سواء قامت البينة التي لم تفارق نقصا أو زيادة بنقص الكيل أو زيادته فذلك لك أو عليك. انتهى. ولو أخر المصنف قوله: "ثم لك" عن قوله: "فلا رجوع" لكان أحسن ليشمل ما تقدم. والله أعلم. واعلم أن ما ذكره المصنف من فروع هذه المسألة فهو جار في الطعام المسلم فيه، وفي الطعام المبيع، وهي في السلم الثاني من المدونة وفي أوائله. والله أعلم.

ص: أو بينة لم تفارق ش: زاد في المدونة من حين [قبضته[1386]] حتى وجدت فيه النقص. اهـ.

521 كلام اللخمي. أو تكون بينة حضرت كيل البائع الطعام وأنه على ما قاله المشتري. اهـ/ **تنبيهات:**

الأول: إذا زاد النقص عن المتعارف وقامت البينة بذلك رجع المسلم على المسلم إليه بجميع النقص ولا يترك إلى المسلم إليه مقدار نقص الكيل. قاله الشيخ أبو الحسن. قال: وهو كالجوائح إذا جاح دون الثلث لا يوضع عن المشتري شيء، وإن جاح الثلث وضع عنه قدر ذلك من الثمن، وليس للبائع أن يقول لا يوضع الثلث كله؛ لأنه دخل على فساد اليسير من الثمرة. اهـ.

الثاني: إذا ثبت النقص فإن كان الطعام من سلم أو من بيع مضمون رجع بمثله وإن كان معينا رجع بحصة النقص من الثمن. قاله في المدونة. وجعل الرجراجي محل الرجوع بحصة النقص من الثمرة فيما إذا كان قليلا، وأما إن كان كثيرا فالمشتري مخير بين الرد والإمساك، وأما حد القليل فقال يجري على الخلاف في حد القليل والكثير في العيوب. والله أعلم.

ص: وحلف لقد أوفى ما سمى ش: يعني إذا لم يكن له رجوع لعدم التصديق والبينة فإنه يحلف لك لقد أوفى الخ ولا يحتاج أن يقول وإلا حلف. قال في المدونة: وإن لم تكن له أي للمشتري بينة حلف البائع لقد أوفى له جميع ما سمى له إن كان اكتاله هو أو لقد باعه على ما كان فيه من الكيل الذي يذكر. قال المشذالي: أبو محمد صالح: ليس في الأمهات أو لقد باعه، وإنما هو في السلم الثالث، فجمع أبو سعيد بين [اللفظين[1387]] على معنى التخيير في صفة اليمين على [معنى[1388]] أن

الحديث ....

1384 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص520.

1385 - في المطبوع الزائد وما بين المعقوفين من ن عدود ص520 ويحيى135 وسيد58.

1386 *- في المطبوع قبضه وسيد58 قبضه وما بين المعقوفين من يحيى135.

1387 *- في المطبوع اللفظ وما بين المعقوفين من يحيى135 وسيد58.

نص خليل

أَوْ لَقَدْ بَاعَهُ عَلَى مَا كُتِبَ بِهِ إِلَيْهِ إِنْ أَعْلَمَ مُشْتَرِيَهُ وَإِلاَّ حَلَفْتَ وَرَجَعْتَ وَإِنْ أَسْلَمْتَ عَرْضًا فَهَلَكَ بِيَدِكَ فَهوَ مِنْهُ إِنْ أَهْمَلَ أَوْ أَوْدَعَ أَوْ عَلَى الإِنْتِفَاعِ وَمِنْكَ إِن لَّمْ تَقُمْ بَيِّنَة وَوُضِعَ لِلتَّوَثُّقِ.

متن الحطاب

المبتاع له أن يحلف البائع بأي اللفظين شاء، هذا في الطعام المعين، وأما المضمون فإنما يحلف بأحدهما؛ وهو قوله: لقد أوفى الخ. وانظر قوله: لقد باعه الخ كيف يصح؛ لأن شرط اليمين كونها على حسب الدعوى؛ لأن المبتاع يوافق على ابتياعه على ما فيه ولكن يقول لم توفني ذلك، فإذا حلف البائع لقد باعه على ما كان فيه من الكيل الذي ذكر أمكن أن يكون في الطعام ذلك القدر ونقص بعد ذلك أو لم يكن فيه والبائع صادق في يمينه فلا بد من تبديل هذا اللفظ. انتهى. ومثله في الشيخ أبي الحسن الصغير والكبير.

ص: ولقد باعه على ما كتب به إليه ش: هذا إذا كان الطعام المقبوض مبعوثا به إلى البائع ونحوه في المدونة. قال أبو الحسن: وهذا تصديق التصديق. اهـ. واعلم أنه إنما يكون الذي وجد فيه التسمية ظاهرا إلا إذا كان مقيدا بما قيده به الشيوخ. والله أعلم.

ص: وإلا حلفت ورجعت ش: قال ابن غازي: ينطبق على قوله: "وحلف لقد أوفى ما سمى" وعلى مفهوم قوله: "إن [اعلم[1389]] مشتريه". اهـ. أما كونه ينطبق على مفهوم قوله: "وحلف لقد أوفى ما سمى" فنص عليه في المدونة، وكذلك إن نكل عن اليمين فيما إذا بعث بالطعام إليه وأعلم مشتريه وإنما قيد به المتأخرون وهو داخل تحت قول المصنف: "وإلا حلفت ورجعت"، وأما كونه ينطبق على مفهوم قوله إن [أعلم[1390]] مشتريه فنص عليه اللخمي وابن يونس وعبد الحق وغيرهم وقيدوا به إطلاق المدونة، وصفة يمين المشتري أن يحلف أنه وجده. كذا على نحو ما ادعاه قاله ابن يونس.

تنبيهان: الأول: وإن نكل المشتري عن اليمين فنص في المدونة فيما إذا كان الطعام حاضرا عنده أو كان مبعوثا به إليه ولم يعلم مشتريه وقلنا للمشتري احلف وارجع فنكل عن اليمين فانظر هل له أن يحلف البائع أنه لقد باعه على ما كتب به إليه، أوليس له ذلك؟ لم أر فيه نصا، والظاهر أن له تحليفه؛ لأن تبدئة المشتري بالحلف في هذه الصورة إنما هو حق له فإذا تركه يرجع الحال إلى الأصل. والله أعلم.

الثاني: غالب الفروع المذكورة هنا إنما هي فيما إذا ادعى المشتري النقص، وانظر ما الحكم لو ادعى البائع عليه أنه غلط في المكيل؟ فإني لم أر الآن من نص عليه. والله أعلم.

ص: وإن أسلمت عرضا فهلك فهو منه إن أهمل أو أودع أو على الانتفاع ومنك إن لم تقم بينة ووضع للتوثق ش: هذه المسألة في أواخر السلم الأول من المدونة، وزاد فيها فقال عرضا يغاب عليه.

522 قال أبو الحسن في الكبير: لا يخلو إبقاء هذا/ العرض في يد المسلم من أربعة أوجه، وذكر الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف فقوله: "إن أهمل" هذا هو الوجه الأول في كلام المصنف، وهو الوجه الرابع

الحديث

....

[1388] *- في المطبوع على أن وما بين المعقوفين من يحيى135 وسيد58.

[1389] - في المطبوع علم وسيد59 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص521 ويحيى135.

[1390] - في المطبوع علم ويحيى135 وسيد59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص521.

نص خليل ....

متن الحطاب في كلام أبي الحسن، ونصه: الرابع أن يبقى بيد المسلم مهملا بلا نية فهذا الوجه يحمل فيه العرض على أنه وديعة فيكون ضمانه من المسلم إليه. اهـ. وقال ابن بشير: للمتأخرين قول إنها كالمحبوسة للإشهاد. اهـ. وقوله: "أو أودع" هذا هو الوجه الثاني في كلام المصنف، وهو الوجه الأول في كلام أبي الحسن ونصه: أحدها أن يبقى بيد المسلم وديعة بعد أن دفعه إلى المسلم إليه فرده إليه وديعة فهذا الوجه يكون ضمان العرض فيه من المسلم إليه على قاعدة الودائع. اهـ. قال اللخمي في أواخر السلم من تبصرته في هذا الوجه: فإن ادعى بائعه تلفه [أو أن[1391]] أحدا غصبه إياه أو استهلكه كان القول قوله ويحلف إن كان ممن يتهم أنه كذب في قوله ذلك، والسلم على حاله. اهـ. والظاهر أن هذا جار في الوجه الأول من كلام المصنف إذ لا فرق بينهما. والله أعلم.

تنبيه: قال في المدونة في هذا الوجه: وإن أسلمت إلى رجل عرضا يغاب عليه في حنطة إلى أجل فأحرقه رجل في يدك قبل أن يقبضه المسلم إليه فإن كان تركه وديعة بيدك بعد أن دفعت إليه فهو منه ويتبع الجاني بقيمته والسلم ثابت. اهـ . قال أبو الحسن: معنى قوله قبل أن يقبضه يعني القبض الحسي، ومعنى قوله بعد أن دفعته إليه أي قال له خذه، وفي الأمهات إن كان بعد أن دفعه إلى الذي عليه السلم ثم رده إليه وديعة، فالضمان منه. عياض: قال بعض الشيوخ قوله ثم رده إليه إلا أن يريد بذلك قوله خذه واترك هذا بمنزلة الدفع. اهـ. وقوله: "أو على الانتفاع" هذا هو الوجه الثالث في كلام المصنف وهو الوجه الثاني في كلام أبي الحسن، ونصه:

الثاني أن يبقى بيده على جهة الانتفاع به، فهذا الوجه حكم العرض فيه حكم الثوب المستأجر يكون ضمانه من المسلم إليه. اهـ . وقوله: "لمنافع" بلام الجر. والله أعلم. وقوله: "ومنك إن لم تقم بينة ووضع للتوثق" هذا هو الوجه الرابع في كلام المصنف وهو الوجه الثالث في كلام أبي الحسن، ونصه: الثالث أن يبقى بيده على جهة التوثق حتى يشهدا فهذا الوجه حكم العرض فيه حكم [الرهان[1392]] يضمنه المسلم ضمان تهمة، فإن قامت البينة على هلاكه فضمانه من المسلم إليه. اهـ. وعلمت من هذا حكم المسألة المأخوذة من مفهوم الشرط في قوله: إن لم تقم بينة، وقوله: "للتوثق" أي يتوثق به حتى يشهدا أو يأتي برهن أو كفيل؛ لأن العرض نفسه يتوثق به بأن يجعله رهنا عنده.

قاله اللخمي وابن بشير، ونصه في السلم الأول منه: وإنما يكون الاحتباس بالثمن فيما بيع نقدا، وأما ما بيع بنسيئة فليس لبائعه احتباسه بالثمن؛ لأنه قد رضي بتسليمه دون أن يأخذ عوضا ناجزا؛ لكن في معنى الاحتباس بالثمن احتباسه حتى [يشهدا، وهذا[1393]] يجري في البيع على النقد وفي البيع على النسيئة. اهـ. ونبه عليه ابن غازي. والله أعلم. ومفهوم قوله: "وضع للتوثق" أنه لو لم [يوضع[1394]] للتوثق كان الحكم خلاف ذلك، وهي الأوجه الثلاثة السابقة، ولا يحتاج إلى التفصيل

الحديث ....

[1391] *- في المطبوع وأن أحدا وما بين المعقوفين من سيد59 ويحيى136.

[1392] *- في المطبوع المستأجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص522 ويحيى136 وسيد59.

[1393] - في المطبوع يشهدوا هذا وما بين المعقوفين من يحيى136 وفي سيد59 يشهد وهذا.

[1394] - في المطبوع يضع وما بين المعقوفين من ن عدود ص522 ويحيى136 وسيد59.

نص خليل وَنُقِضَ السَّلَمُ وَحَلَفَ وَإِلاَّ خُيِّرَ الآخَرُ وَإِنْ أَسْلَمْتَ حَيَوَانًا أَوْ عَقَارًا فَالسَّلَمُ ثَابِتٌ وَيُتَّبَعُ الْجَانِي.

متن الحطاب فيها بين قيام البينة وعدم قيامها وذلك بين. والله أعلم.

تنبيه: محل هذه الوجوه الأربعة ما إذا كان العرض حاضرا كذا فرض اللخمي، ثم قال بعد أن فرغ من الوجه الأول في كلام المصنف الذي هو الإهمال ما نصه: وإن كان غائبا عنهما لم يصدق يعني المسلم إلا أن تقوم البينة على تلفه ثم يختلف إذا كان غائبا محبوسا في الإشهاد وهل تكون مصيبته من بائعه أو من مشتريه؟ وذلك مبين في كتاب العيوب. اهـ.

فرع: قال أبو الحسن في التقييد الكبير: قال محمد: لو تعدى عليه البائع فأحرقه لزمه قيمته والسلم بحاله، ولا يصلح فيه الإقالة.

ص: **ونقض السلم وحلف** ش: إذا وضع العرض للتوثق وتلف ولم تقم بينة على تلفه فإن ضمانه من المسلم بكسر اللام، وينقض السلم بعد حلف المسلم أنه ضاع خشية أن يكون أخفاه، وفي قوله: ["و[1395]]حلف" التفات/ من الخطاب إلى الغيبة. والله أعلم. 523

ص: **وإلا خير الآخر** ش: أي وإن لم يحلف المسلم على أنه تلف فإنه يخير الآخر وهو المسلم إليه، ويخير بين أن يغرم المسلم قيمة العرض ويثبت عليه السلم أو لا يغرمه ويفسخ البيع. كذا نقله ابن يونس وأبو الحسن عن أبي محمد. والله أعلم.

ص: **وإن أسلمت حيوانا أو عقارا فالسلم ثابت** ش: قال في المدونة: وإن كان رأس المال حيوانا فقتلها رجل بيدك قبل أن يقبضها المسلم إليه أو كانت دورا أو أرضين فعدا فيها رجل بهدم البناء أو احتفار فأفسدها فللمسلم إليه طلب الجاني والسلم ثابت. اهـ. زاد ابن يونس بعد قوله احتفار لفظ: فقال أو احتفار الأرض إلى آخره. قال أبو الحسن [في الكبير:[1396]] فإن ادعى المسلم انقلاب الدواب وإباق الرقيق فهو مصدق. قاله في كتاب بيع الخيار. اهـ.

ص: **ويتبع الجاني** ش: قال الشيخ بهرام: أي الجاني الأجنبي فإذا تعدى عليه فأهلكه اتبعه من كان ضامنا له من المتبايعين بما أبت له. اهـ. وقوله: "من كان ضامنا" يعني به المسلم إليه في مسألة الحيوان [والعقار، وفي[1397]] الأوجه الثلاثة الأول من أوجه العرض، والمسلم بكسر اللام في الوجه الرابع من أوجه العرض، إلا أنه لا يتصور في هذا الوجه أن يعلم الجاني لأنه إنما يتصور إذا لم تقم بينة على هلاكه، فإذا قامت البينة أن شخصا أتلفه فلا ضمان على المسلم، وكذلك إذا اعترف شخص بأنه أتلفه فلا ضمان على المسلم، فالذي يتصور فيه أن يتبع الجاني هو المسلم إليه. فتأمله. فيكون قول المصنف: "ويتبع" مبنيا للمفعول، ويكون راجعا إلى مسألة العرض والحيوان والعقار، وهو قريب مما في المدونة. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: اعلم أن هذا الكلام فيه إجمال والكلام المفصل البين ما قاله ابن بشير، واعلم قبله أنه قد علم مما سبق أن الأوجه الثلاثة الأول ضمان العرض فيها من المسلم إليه، وكذلك ضمانه منه

الحديث

[1395] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص522 ويحيى136 وسيد59.

[1396] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص523 ويحيى136 وسيد59.

[1397] – في المطبوع أو العقار في وما بين المعقوفين من ن عدود ص523 ويحيى136 وسيد59.

نص خليل وَأن لاَّ يَكُونَا طَعَامَيْنِ وَلاَ نَقْدَيْنِ.

متن الحطاب إذا قامت البينة في الوجه الرابع، وإذا لم [تقم[1398]] فضمانه من المسلم، إذا علم ذلك فقال ابن بشير في أواخر السلم الأول بعد ما صار في ضمان المسلم إليه فلا شك في صحة السلم، وينظر فإن كان هلاكه من الله أو بسبب المسلم إليه فلا رجوع له على أحد، وإن كان من سبب المسلم رجع عليه بقيمته أو بمثله على حسب تضمين المتلفات، وكذلك يرجع على الأجنبي إن كان الإتلاف بسببه، وإن كان في ضمان المسلم انفسخ السلم [إلا[1399]] أن يتلفه المسلم إليه قاصدا إلى قبضه وإتلافه فيكون السلم صحيحا، وإن جهل ممن هلاكه فههنا قولان أحدهما أن السلم ينفسخ كما قدمنا وهو المشهور والقول الثاني أن المسلم إليه بالخيار. اهـ.

واعلم أن قوله: "وإن جهل ممن هلاكه" إنما يرجع إلى ما في ضمان المسلم وإلا فما في ضمان المسلم إليه لا يتصور فيه الفسخ؛ لأن ضمانه منه، وقد تقدم من لفظه أنه لا شك في صحة السلم، وإنما النظر فيمن يغرم قيمته، فإذا كان في ضمان المسلم إليه وجهل ممن هلاكه كان في ضمانه ولا غرم على أحد، وإنما يحلف المسلم إن كان يتهم هذا الذي ظهر. والله أعلم.

الثاني: قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا وإذا ترك الثوب بيد الذي له السلم [وديعة[1400]] فأحرقه رجل يشهد عليه الذي بيده الثوب، فإن كان المسلم إليه مليئا جازت شهادته إذ لا تهمة وإن كان المسلم إليه معدما لم تجز شهادته؛ لأنه يتهم إذ يصير له مالا يأخذ منه سلمه، وقد قيل لا تجوز شهادته عليه إذا اختلف في عينه ولا يدري ما يذهب إليه [الحكم[1401]] في ذلك. قال غيره ولأنه يتهم أن يزيل عيب التهمة عن نفسه فقد يتهم في إمساكها فلا تجوز شهادته بحال. اهـ. وقال ابن بشير: وإذا ترك رأس المال عند المسلم على جهة الوديعة وكان مما يعرف بعينه فعدا عليه أجنبي وشهد بذلك المسلم فهل تجوز شهادته أو لا؟ للمتأخرين ثلاثة أقوال؛ أحدها تجوز الشهادة على الإطلاق لأنه إذا كان من أهل الشهادة فهو غير متهم، والثاني ردها مطلقا إذ في/ المذهب قول إنه 524 يحلف المتهم وغير المتهم، ولأن الناس يقصدون براءة أنفسهم وإن لم تلزمهم اليمين، والثالث أن الذي عليه السلم إن كان فقيرا لم تجز الشهادة لأنه يتهم أن يشهد له بما يعمر ذمته ليستحق طلبها وإن كان غنيا فلا تهمة فتجوز، والأصل في هذا المعنى أن يقال متى تبينت التهمة لم تجز الشهادة ومتى لم تتبين جازت. اهـ. ونقلها في الشامل والله أعلم.

ص: وأن لا يكونا طعامين ولا نقدين ش: الضمير في يكونا عائد على العوضين وإن لم يمر لهما ذكر لأنهما معلومان، ويعني أنه لا يجوز سلم طعام في طعام ولا نقد في نقد، وتصوره واضح.

تنبيهان: الأول: قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب الثاني أن لا يكونا طعامين ولا نقدين للنساء والتفاضل، وجرى -يعني ابن الحاجب- في ذكر مسائل هذا الفصل في الشروط على ما

الحديث ....

[1398] - في المطبوع يقم وما بين المعقوفين من ن يحيى137 وسيد59.
[1399] - في المطبوع إلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص523 ويحيى137 وسيد59.
[1400] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص523 ويحيى137 وسيد59.
[1401] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص523 ويحيى137 وسيد59.

نص خليل وَلاَ شَيْئًا فِي أَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ أَجْوَدَ كَالْعَكْسِ إلاَّ أَنْ تَخْتَلِفَ الْمَنْفَعَةُ كَفَارِهِ الْحُمُرِ فِي الأَعْرَابِيَّةِ.

متن الحطاب هو المألوف من الفقهاء والتحقيق إنما هي موانع ؛ لأن وجود هذه الأوصاف مناف للسلم وكل ما كان وجوده منافيا للماهية فهو مانع. اهـ.

الثاني: قال ابن عبد السلام أيضا: إن قلت لأي معنى ذكر هذه الصورة في شروط السلم وإنما ينبغي أن يكون من شروط [السلم[1402]] ما هو خاص به لا [ما[1403]] هو شرط فيما هو أعم من السلم وهو البيع ؛ إذ الطعامان والنقدان يمتنع فيهما التفاضل والتأخير في البيع الذي هو أعم من السلم أيضا فقد تقدم بيان حكم ربا الفضل والنسا قبل هذا، وأنهما ممنوعان فأي وجه لإعادتهما.

قلت: ليس ذكرهما هنا مقصودا بالذات، وإنما [كان[1404]] أصل الكلام أن يقول المؤلف أن لا يؤدي السلم إلى بيع شيء بأكثر منه أو ما يشبه هذا من العبارات فابتدأ بذكر الطعامين والنقدين على جهة التدريج وتكميل الفائدة. اهـ. ومثله يقال على عبارة المؤلف والله أعلم.

فرع: واختلف في سلم النخل المثمرة في الطعام: فمنعه ابن القاسم وأجازه سحنون، وقال ابن مسلمة: إن أزهى منع وإلا جاز. اهـ من التوضيح. وقول ابن القاسم هو الأصح. قاله في الشامل. والله أعلم.

ص: ولا شيئا في أكثر أو أجود ش: هو معطوف على [خبر[1405]] يكون وإنما منع لأنه سلف بزيادة.

ص: كالعكس ش: لأنه ضمان بجعل. قال ابن عبد السلام: وإنما تمتنع هذه المسألة على سد الذرائع فإن المتبايعين لم ينصا على الضمان بالجعل. ثم قال: على أن دفع كثير في قليل ليس من شأن العقلاء غالبا فلذلك تضعف التهمة عليه. اهـ.

ص: إلا أن تختلف المنفعة ش: أي إلا أن تختلف منافع الجنس الواحد فيجوز حينئذ سلمه في أكثر منه وفي أقل وفي أجود وفي أردأ؛ لأن اختلاف المنافع [يصير[1406]] الجنس الواحد كالجنسين ومثل ذلك بالفاره من الحمر [و[1407]]الأعرابية فإنهما جنس واحد، لكن اختلاف المنفعة صيرهما جنسين، وكذا السبق في الخيل والحمل في الإبل والقوة على الحرث والعمل في البقر وكثرة اللبن في الغنم والصغر والكبر في غير الآدمي والغنم كما سيأتي، وكذلك رقيق القطن وغليظه ورقيق الكتان وغليظه وكذلك الحرير والصوف.

ص: كفاره الحمر في الأعرابية ش:

فرع: قال في التوضيح: والمشهور أن البغال والحمير جنس وهو مذهب المدونة، خلافا لابن حبيب أنهما جنسان إلا أن يقرب ما بينهما. هكذا حكى القولين غير واحد. اهـ. وقال ابن عبد السلام: وهل

الحديث

1402 – ساقطة من المطبوع ويحيى137 وما بين المعقوفين من سيد عبد الله59.

1403 *– في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من سيد59 ويحيى137.

1404 – في المطبوع هو وما بين المعقوفين من ن عدود ص524 ويحيى137 وسيد59.

1405 – في المطبوع ضمير وما بين المعقوفين من ن عدود ص524 ويحيى137 وسيد59.

1406 *– في المطبوع ويحيى137 تصير وما بين المعقوفين من سيد59.

1407 – ساقطة من المطبوع ويحيى137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص524 وسيد59.

نص خليل

وَسَابِقِ الْخَيْلِ لاَ هِمْلاَجٍ إلاَّ كَبِرْذَوْنٍ وَجَمَلٍ كَثِيرِ الْحَمْلِ وَصُحِّحَ وَبِسَبْقِهِ وَبِقُوَّةِ الْبَقَرَةِ وَلَوْ أُنْثَى وَكَثْرَةِ لَبَنِ الشَّاةِ وَظَاهِرُهَا عُمُومُ الضَّأْنِ وَصُحِّحَ خِلاَفُهُ.

متن الحطاب

البغال مع الحمير كالجنس الواحد فلا يسلم حمار في بغل ولا بغل في حمار حتى يتباينا كتباين الحمير، أو تباين البغال؟ هذا/ مذهب المدونة أو هما جنسان، والأصل الجواز إلى أن يقرب ما بينهما، وهو مذهب ابن حبيب وهو الأظهر. اهـ.

525

ص: **وسابق الخيل** ش: قال ابن عبد السلام: اختلف المذهب هل تختلف الخيل بالصغر والكبر فحكى غير واحد أنها تختلف بذلك، وقال ابن دينار: لا تختلف الصغار من الكبار في جنس من الأجناس. اهـ. والقول الأول عليه مشى المصنف فيما يأتي قريبا، واعتبر اللخمي في الخيل الجمال أيضا.

ص: **لا [هملاج**[1408]**]** ش: قال في القاموس: الهملاج بالكسر من البراذين الهملج والهملجة فارسي معرب وشاة هملاج لا مخ فيها لهزالها وأمر مهملج مذلل منقاد، وقال ابن غازي: قال في الخلاصة: والهملجة والهملاج حسن سير الدابة في سرعة ودابة هملاج الذكر والأنثى فيه سواء.

ص: **وبقوة البقرة ولو أنثى** ش: قال في [الصحاح:[1409]] البقر يقع على الذكر والأنثى، وإنما دخلته التاء على أنه واحد من جنس، والجمع البقرات. انتهى. وقال في القاموس: البقرة للمذكر والمؤنث الجمع بقر وبقرات وبقر بضمتين. اهـ. وتصور كلام المصنف ظاهر. قال في التوضيح: تنبيه: والجواز على قول ابن القاسم إنما هو إذا كان في معنى المبايعة بأن تسلم البقرة القوية في بقرتين أو أكثر أما سلم بقرة قوية في بقرة ليست كذلك، فنص بعضهم على المنع وهو ظاهر لأنه ضمان بجعل، وعكسه سلف بزيادة، لكن نص في الموازية على خلافه فإنه أجاز فيها سلم فرسين سابقين في فرسين ليسا كذلك. اهـ.

قلت: الذي نقله ابن عرفة عن الموازية أنه أجاز سلم فرسين [سابقين[1410]] في فرسين فيجوز ذلك، وعليه فسلم ما ذكره الشيخ عن بعضهم من المعارضة، ولا ينبغي أن يكون خاصا بالبقرة بل جار في جميع ما تقدم وما يأتي. فتأمله فإنه حسن جدا. والله أعلم.

ص **وصحح خلافه** ش: أي صحح ابن الحاجب القول بأن [الضأن[1411]] لا يختلف بكثرة اللبن، وهذا القول قال الشارح: حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وعزاه ابن عبد السلام لابن القاسم، وقال يريد -والله أعلم- لأن اللبن في الضأن كالتابع لمنفعة الصوف، ولأن لبنها غالبا أقل من لبن المعز وأما المعز فمنفعة شعرها يسيرة ولبنها كثير فهو المقصود منها .اهـ. فإن قلت الحكم في ذلك الجواز ولوضوحه سكت المصنف عنه إلا أنه يستثنى من ذلك الضأن والمعز فإنه حكم في المدونة للغنم كلها بأنها جنس واحد. قال في أول كتاب السلم من المدونة: ولا بأس أن يسلف الإبل في البقر والغنم،

الحديث

....

1408 - في المطبوع كهملاج وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى137 وسيد59.

1409 - في المطبوع التويح وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى137 وسيد59.

1410 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى137 وسيد59.

1411 - في المطبوع وسيد59 الضمان وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى137.

نص خليل

وَكَصَغِيرَيْنِ فِي كَبِيرٍ وَعَكْسِهِ أَوْ صَغِيرٍ فِي كَبِيرٍ وَعَكْسِهِ إن لَّمْ يُؤَدِّ إلَى الْمُزَابَنَةِ وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى خِلَافِهِ كَالآدَمِيِّ وَالْغَنَمِ وَكَجِذْعٍ طَوِيلٍ غَلِيظٍ فِي غَيْرِهِ وَكَسَيْفٍ قَاطِعٍ فِي سَيْفَيْنِ دُونَهُ وَكَالْجِنْسَيْنِ وَلَوْ تَقَارَبَتِ الْمَنْفَعَةُ كَرَقِيقِ الْقُطْنِ وَالْكَتَّانِ.

متن الحطاب

ويسلف البقر في الإبل والغنم، ويسلف الغنم في الإبل والبقر، ويسلف الحمير في الغنم والإبل والبقر والخيل، وكره مالك أن يسلف الحمير في البغال إلا أن تكون الحمر الأعرابية التي يجوز [أن يسلف فيها[1412]] الفاره النجيب، وكذلك إذا سلفت الحمير في البغال والبغال في الحمير، واختلفت كاختلاف الحمار الفاره النجيب بالحمار الأعرابي فجائز. اهـ . ثم قال: ولا يسلف صغار الغنم في كبارها، ولا كبارها في صغارها، ولا معزها في ضأنها، ولا ضأنها في معزها لأنها كلها منفعتها للحم لا للحمولة إلا شاة غزيرة اللبن فلا بأس أن تسلم في [حواشي[1413]] الغنم، وإذا/ اختلفت المنافع في الحيوان جاز سلم بعضها في بعض، اتفقت أسنانها أو اختلفت. اهـ. قال ابن عبد السلام بعد أن ذكر ما ذكرناه: وهذا الذي ذكرناه في هذا الفصل هو المنصوص لهم، والفقه الجلي هو ما قاله في المدونة بأثر هذه المسألة، وهو قوله: "وإذا اختلفت المنافع في الحيوان" الخ فهذا من كلام المتقدمين هو الذي يعتمد عليه ثم المفتي والقاضي بعد ذلك ينظر في الوجه الذي يكون به الاختلاف غالبا عند الناس فيربط الحكم به، وربما كان غير الفقيه أعرف بذلك الوجه من الفقيه، فلا ينبغي للفقيه أن يتقيد [في هذه[1414]] المسائل وشبهها مما هو مبني على العرف [وبالروايات،[1415]] بل يتبع مقتضى الفقه حيثما وجده. والله أعلم. اهـ كلام ابن عبد السلام.

526

ص: وكصغيرين في كبير إلى آخره ش: يعني أن مما يختلف به الجنس الواحد ويصير كالجنسين الصغر والكبر في الحيوان إلا في جنسين الغنم وبني آدم. قال في التوضيح: قال ابن القاسم: الصغار والكبار من سائر الحيوان مختلفان إلا في جنسين الغنم وبني آدم. اهـ. [فلذلك يجوز[1416]] سلم صغيرين في كبير وعكسه أي كبير في صغيرين، وهذا لا خلاف فيه، وأما سلم كبير في صغير وعكسه أو كبيرين في صغيرين وعكسه ففي ذلك قولان، المشهور الجواز إن لم يؤد للمزابنة، وتؤولت على خلافه؛ أي إنه لا يجوز سلم الصغير في الكبير وعكسه سواء اتحد أو تعدد. قال في التوضيح: وفهم بعضهم المدونة عليه، وقوله: إن لم يؤد للمزابنة. قال في التوضيح: معنى المزابنة هنا يعني القمار والخطر؛ لأن إعطاء الصغير في الكبير إلى أجل يكبر فيه فكأنه قال له اضمن هذا إلى أجل كذا فإن مات كان في ذمتك، وإن سلم عاد إلي وكانت منفعته لك وفيما إذا أعطاه الكبير في الصغير كأنه قال له خذ هذا الكبير على صغير يخرج منه. اهـ.

ص: كالآدمي والغنم ش: أي فلا يجوز من الصنفين صغير في كبير ولا عكسه، ولا صغيران بكبير ولا عكسه.

ص: وكجذع طويل غليظ في غيره ش: أي في جذع ليس كذلك؛ أي مخالف له في الطول والغلظ وفي

الحديث

....

1412 – في المطبوع فيها أن يسلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى138 وسيد59 (أن يسلم فيها).

1413 – في المطبوع مواشي وسيد59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص525 ويحيى138.

1414 – في المطبوع بهذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص526 ويحيى138 وسيد60.

1415 *– في المطبوع وبالرواية وما بين المعقوفين من يحيى138 وسيد60.

1416 – في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص526 ويحيى138 وسيد60.

نص خليل لاَ جَمَلٍ فِي جَمَلَيْنِ مِثْلِهِ عُجِّلَ أَحَدُهُمَا وَكَطَيْرٍ عُلِمَ لاَ بِالْبَيْضِ وَالذكُورَةِ وَالأنُوثَةِ وَلَوْ آدَمِيًّا وَغَزْلٍ وَطَبْخٍ إن لَّمْ يَبْلُغِ النِّهَايَةَ وَحِسَابٍ وَكِتَابَةٍ.

متن الحطاب جذعين أو ثلاثة ليست مثله. قال في السلم الأول من المدونة: والخشب لا يسلم منها جذع في جذعين مثله حتى يتبين اختلافهما، كجذع نخل كبير غلظه وطوله كذا في جذوع نخل صغار لا تقاربه فيجوز، وإن أسلمته في مثله صفة وجنسا فهو قرض إن ابتغيت به نفع الذي أقرضته جاز ذلك إلى أجله، وإن ابتغيت به نفع نفسك لم يجز ورد السلف، ولا يسلف جذع في نصف جذع من جنسه، وكأنه أخذ جذعا على ضمان نصف جذع، وكذلك هذا في جميع الأشياء، وكذلك ثوب في ثوب/ دونه أو رأس في رأس دونه إلى أجل لا خير فيه. اهـ. وإذا علم هذا فقول ابن الحاجب: "كجذع طويل أو غليظ في جذع يخالف" ليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أن اختلافهما في الطول كاف وليس كذلك، وقد اعترضه ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح، وتبع صاحب الشامل كلام ابن الحاجب. والله أعلم. وأما سلم الغليظ في الرقاق فقد اعترضه بأنه يمكن قسمه على جذوع، وأجيب بوجوه الأول أن المراد إذا كان الكبير لا يجعل فيما يجعل فيه الصغار أو لا يخرج منه الصغار إلا بفساد لا يقصده الناس، الثاني أن الكبير من نوع غير نوع الصغير. الثالث أن المراد بالجذع الصغير المخلوق لا المنجور؛ لأن المنجور يسمى جائزة لا جذعا، وهذا الجواب لعياض وهو الظاهر.

527

تنبيه: يفهم من الجواب الثاني أن الخشب أصناف. قال في التوضيح: وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين فإنه قال في قول المدونة: سلف [جذع في نصف[1417]] جذع: لو كان الجذع مثل الصنوبر والنصف من النخل أو من نوع غير الصنوبر لم يكن به بأس على أصل ابن القاسم، وفي الواضحة: الخشب كله صنف وإن اختلفت أصوله، إلا أن تختلف المنافع والمصارف مثل الألواح والجوائز وشبهها، وتردد بعضهم هل كلام ابن حبيب موافق لما قاله ابن أبي زمنين أو مخالف له؟. اهـ من ابن عبد السلام. ومثله في التوضيح، وجعله الشامل خلافا، وقد تقدم كلام ابن أبي زمنين، وعطف الثاني بقيل. والله أعلم. والحاصل على هذا الراجح أنه إذا اختلفت أصول الخشب جاز سلم بعضه في بعض، وإن لم تختلف فلا يجوز إلا أن تختلف المنفعة كما تقدم. والله أعلم.

ص: لا جمل في جملين مثله ش: لا مفهوم لقوله: "مثله" وإنما هو تنبيه بالأخف على الأشد. انظر التوضيح والكبير.

ص: وكطير علم ش: قال ابن عرفة: ابن رشد لا خلاف في المذهب أن ما يقتنى من الطير للفراخ والبيض كالدجاج والأوز والحمام كل جنس منه صنف على حدته، صغيره وكبيره ذكره وأنثاه وإن تفاضل بالبيض والفراخ، فإن اختلف الجنسان جاز واحد منه باثنين لأجل، وما كان منه لا يقتنى لبيض ولا فراخ إنما يتخذ للحم فسبيلها سبيل اللحم عند ابن القاسم لا يراعى حياتها إلا مع اللحم وأشهب يراعيها في كل حال فيجوز على مذهبه سلم بعضها في بعض إذا اختلفت أجناسها بمنزلة ما يقتنى لبيض أو فراخ. اهـ. وكلام ابن رشد هذا في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب السلم

الحديث ....

[1417] - في المطبوع ولو كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص527 ويحيى138 وسيد60.

نص خليل

وَالشَّيْءُ فِي مِثْلِهِ قَرْضٌ وَأَنْ يُؤَجَّلَ بِمَعْلُومٍ زَائِدٍ عَلَى نِصْفِ شَهْرٍ كَالنَّيْرُوزِ وَالْحَصَادِ وَالدِّرَاسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ وَاعْتُبِرَ مِيقَاتُ مُعْظَمِهِ إِلاَّ أَنْ يُقْبَضَ بِبَلَدٍ كَيَوْمَيْنِ إِنْ خَرَجَ حِينَئِذٍ بِبَرٍّ أَوْ بِغَيْرِ رِيحٍ وَالأَشْهُرُ بِالأَهِلَّةِ وَتُمِّمَ الْمُنْكَسِرُ مِنَ الرَّابِعِ وَإِلَى رَبِيعٍ حَلَّ بِأَوَّلِهِ.

متن الحطاب

والآجال. ثم قال ابن عرفة: المتيطي عن ابن حبيب: الدجاج والأوز صنف واحد والحمام صنف وما لا يقتنى من الوحش كالحجل واليمام هو كاللحم لا يباع بعضه ببعض حيا إلا تحريا يدا بيد. قال ابن عرفة: قلت: وظاهر كلام ابن رشد/ أن الأوز والدجاج جنسان، وظاهر نقل المتيطي أنهما جنس واحد، وهما معا في قطر الأندلس. اهـ. ونقله الرجراجي، وقال: وأما سائر الطير والوحش مما لا يقتنى لفراخ ولا بيض مثل الحجل واليمام مجراه مجرى اللحم لا يباع بعضه ببعض وإن حيا إلا تحريا يدا بيد، ولا يجوز بأوز أو دجاج أو حمام لأنه من باب اللحم بالحيوان. اهـ.

528

ص: والشيء في مثله قرض ش: رد في المدونة الأمر فيه إلى قصد السلم؛ لأنه لم يظهر له منفعة في الخارج، بخلاف لو كان سبب المنفعة ظاهرا. والله أعلم.

ص: [وأن يؤجل[1418]] بمعلوم ش: تصوره ظاهر. قال البرزلي في أوائل البيوع: سئل أبو عمران عمن قال خذ دينارا على قفيزين قمحا فأنعم له ولم يذكر أجلا ولا [صفة،[1419]] ثم قام إلى ناحية المجلس فدفع له الدينار وذكر الأجل والصفة هل يتم ذلك أم لا؟ فأجاب: إن اختلف القمح عندهم أو الأجل فالأول فاسد، ويفسخ إذا كانا افترقا بعد العقد وقبل التقابض، وإن لم يفترقا من المجلس ولم يتباعد ذلك فالعقد والقبض جائز والسلم جائز، وإن لم يختلف القمح وصفته معلومة عندهم فهو جائز إذا عجل النقد أو كان ليوم أو يومين. اهـ.

فرع: قال ابن رشد في المقدمات: وأما أبعد حد آجال السلم فحد ما يجوز إليه البيع على الاختلاف في ذلك. اهـ. وقال في المتيطية: ولا حد لأكثر الأجل في السلم. اهـ. وهذا ليس على ظاهره، ولهذا قال ابن هارون في اختصاره لها: مسألة لا حد لأكثر أجل السلم، قال بعض الشيوخ حده ما يجوز إليه البيع على الخلاف في ذلك. اهـ. وقد تقدم الخلاف في أجل البيع في بيوع الآجال، وقال ابن جزي في القوانين: ولا حد لأكثره إلا إن كان ما ينتهي [إلى[1420]] الغرر لطوله. اهـ.

529

ص: كالنيروز والحصاد والدراس وقدوم الحاج ش: قال في البيوع/ الفاسدة من المدونة: ولا بأس بالبيع إلى الحصاد والجداد أو العصير أو إلى رفع جرون بئر زرقون لأنه أجل معلوم، وإن كان العطاء من النيروز والمهرجان وفصح النصارى وصومهم الميلاد لم يجز، فإن كان معروفا جاز البيع. عياض: الجداد بالفتح والكسر وجرون بئر زرقون بضم الجيم والراء جمع جرين وهو الأندر، وكذا جاءت الرواية فيه بزيادة واو، وصوابه جرن بغير واو وبئر زرقون بفتح الزاي فسرها في الكتاب بأنها بئر عليها زرع وحصاد الشيخ أبو الحسن وزرقون المضاف إليه البئر اسمه إبراهيم بن كلي. اهـ. والنيروز هو أول يوم من السنة القبطية والسريانية والعجمية والفارسية، ومعناه اليوم الجديد وهو عند الفرس

الحديث

....

[1418] - في المطبوع وإن لم يؤجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص528 ويحيى138 وسيد60.
[1419] - في المطبوع صنفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص528 ويحيى138 وسيد60.
[1420] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد60 ويحيى139.

نص خليل ....

متن الحطاب ستة أيام أولها اليوم الأول الذي هو أول شهر سنتهم، ويسمون الشهر الأول نيروز الخاصة، والسادس نيروز العامة والنيروز الكبير والمهرجان، ويسمى عندهم العنصرة، وهو مولد يحيى عليه الصلاة والسلام وهو عيد عظيم الشأن عند الفرس، وهو اليوم السادس من شهر مهرماه سابع أشهر السنة الفارسية، وآخر يوم من بؤنة من السنة القبطية وهو أيضا ستة أيام، واليوم الأول الذي هو سادس عشر مهرماه يسمى مهرجان العامة، واليوم السادس الذي هو حادي عشرينه يسمى المهرجان الكبير للخاصة، والفصح بكسر الفاء، وقيل بفتحها وسكون الصاد المهملة وبالحاء.

وقال عياض: الفصح بكسر الفاء وإهمال الصاد والحاء يوم فطر النصارى من صومهم. اهـ. وكذا نقله عنه الشيخ أبو الحسن، ورأيت في نسخة من ابن عرفة ضبطه في أول بيوع الآجال بفتح الفاء ناقلا له عن عياض، ولعله غلط من الناسخ. والله أعلم. أما صوم النصارى والأشهر التي يدخل فيها من السنة القبطية والعجمية فمعلومة غير أن اليوم الذي يدخل فيه من الأشهر [المعلوم[1421]] دخوله فيها يتغير بالنسبة لكل يوم منه فدخوله في الأشهر القبطية دائر ما بين أول يوم من أمشير إلى رابع يوم من [برمهات[1422]]، وفي العجمية هو أقرب اثنين إلى الاجتماع الكائن فيما بين اليوم الثاني من شباط إلى اليوم الثامن من آذار، وله طرق يتوصل بها إلى معرفة اليوم الذي يدخل فيه من الأشهر المذكورة، وأيام صومهم خمسة وخمسون يوما، واليوم السادس والخمسون هو فطرهم المسمى بالفصح المتقدم ذكره، والميلاد هو الليلة التي صبيحتها الخامس والعشرون من كانون الأول ودجنبر والتاسع والعشرون من كيهك، ويسمى عيد الميلاد، ويعنون به ميلاد المسيح.

تنبيه: قال ابن عرفة: اللخمي: إنما يجوز إلى النيروز وما معه إن علما معا حساب العجم، وإن جهله أحدهما لم يجز. اهـ.

فرع: قال في أول رسم سلف في الحيوان من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال: وسئل عن الرجل يبيع كرمه على أن ينقده عشرين دينارا يعطيه ثلث الثمن إذا قطف ثلثه ثم يعطيه البقية إذا قطف الثلثين قال: لا خير في هذا، وهذا مما لا يعرف حتى يقطف الثلث والثلثين، ولكن إن اشترط عليه إذا قطفه لم أر بذلك بأسا، وكأنه جعل مثل [الحصاد والجداد[1423]] فيما رأيت. قال ابن رشد: [وجه[1424]] ما ذهب إليه مالك أنه إذا سمى الثلث والثلثين فقد صرح أنه أراد ثلث ذلك الكرم بعينه وثلثيه وذلك غرر إذ لا يعرف متى يقطف الثلث والثلثين لأنه قد يعجل قطافه وقد يؤخره وإذا لم يسم ثلثا ولا جزءا منه، وإنما باعه على أن يعطيه ثمنه إذا قطفه كان المعنى عندهم أنهم لا يقصدون إلى قطاف ذلك الكرم بعينه، وإنما أراد أن يعطيه الثمن إذا قطفه [حين[1425]]

الحديث ....

1421 – في المطبوع المعلومة وما بين المعقوفين من ن عدود ص529 ويحيى139 وسيد60.
1422 *– في يحيى139 بهرمات.
1423 – في المطبوع الحط والجداد وما بين المعقوفين من ن عدود ص529 ويحيى139 وسيد60.
1424 – في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص529 ويحيى139 وسيد60.
1425 – في المطبوع حتى وما بين المعقوفين من ن عدود ص529 ويحيى139 وسيد60.

نص خليل وَفَسَدَ فِيهِ عَلَى الْمَقُولِ لاَ فِي الْيَوْمِ وَأَنْ يُضْبَطَ بِعَادَتِهِ مِنْ كَيْلٍ أو وَزْنٍ أَوْ عَدَدٍ كَالرُّمَّانِ وَقِيسَ بِخَيْطٍ وَالْبَيْضِ أَوْ بِحِمْلٍ.

متن الحطاب يقطف الناس فجاز البيع عنده كمن باع إلى الحصاد وإلى الجداد ولو بين أنه إنما يبيعه منه على أن يعطيه ثمنه إذا قطفه بعينه عجله أو أخره لما جاز البيع، وقد ذكر أصبغ أن أشهب أجاز؛ فيما شرط إذا جد ثلثه دفع إليه ثلث الثمن وإذا جد البقية دفع إليه البقية، وقال مالك النصف غير معروف

530 قيل إنه يعرف/ بالفدادين قال: لا أحب ذلك والبيعة إلى فراغه فحمل أشهب أمرهما على أن البيع إنما وقع بينهما فيما ظهر إليه من قصدهما على أن يعطيه ثلث الثمن إذا جد ثلثه والبقية إذا جد البقية على أن يتعجل عما جرت عادة الناس عليه في الجداد ولا يتأخر عنه، وإلى هذا نحا مالك في هذا القول إلا أنه رأى النصف والثلث غير معروف؛ إذ لا يعرف إلا بالخرص والتحري إذا تنازعا في ذلك فلم يجزه، وأجازه في الكل لأنه معروف لا يخفى.

وقال أبو إسحاق التونسي إذا جاز أن يبيعه إلى فراغ جداده جاز أن يبيعه إلى جداد نصفه؛ لأن النصف مقدر معروف لا يمكن أن يخفى، وقول مالك عندي أصح وأولى، فلم يختلف قول مالك أنه إذا باعه إلى قطافه أن ذلك جائز لأنه جعله في القول الأول على أنهما إذا أرادا إلى قطاف الناس لا إلى قطاف ذلك الكرم بعينه، وفي القول الثاني على أنهما إذا أرادا إلى قطاف ذلك الكرم بعينه على أن لا يتعجل عن قطاف الناس ولا يتأخر عنه، ولا اختلف قوله أيضا في أنه إذا باعه إلى قطاف نصفه أو ثلثه أنه لا يجوز لأنهما إن كانا أرادا إلى قطاف نصفه أو ثلثه على أن لا يتعجل عن قطاف الناس ولا يتأخر عنه فالنصف والثلث غير مقدر ولا معروف، فربما تنازعا في ذلك وهو لا يعرف إلا بالخرص والتحري الذي يجب به حكم، وأجاز أشهب البيع في الوجهين جميعا، [فهذا تحصيل القول في هذه المسألة. وبالله التوفيق. انتهى. ومراده بالوجهين جميعا[1426]] أي فيما إذا باعه إلى قطافه أو باعه إلى قطاف نصفه أو ثلثه إذا كان لا يتعجل عن قطاف الناس ولا يتأخر عنه في الوجهين جميعا. والله أعلم.

فرع: قال في السماع المذكور في رسم صلى نهارا: سئل مالك عن التجار يخرجون في إبان الحصاد يشترون من الزراعين والحصادين وهم على حصادهم، وينقدونهم ذهبهم وهم يقيمون خمسة عشر يوما ونحوها قبل أن يفرغوا قال: أرجو إذا كان قريبا أن يكون خفيفا [قلت له: يا أبا عبد الله خمسة عشر يوما ونحوها قال: ارجوا إذا كان قريبا أن يكون خفيفا،[1427]] وكره أن يحد فيه حدا وكأني رأيته يخففه. قال ابن رشد: إذا اشترى منه كيلا مسمى اشتراه كله كل قفيز بكذا على ما في الجعل والإجارة من المدونة، وإنما جاز أن يستأجر ذلك أي هذا المقدار لحاجة البائع إلى المهلة في عمله، ولو كان الشراء بعد درس الطعام وتصفيته لم يجز أن يتأخر الكيل والقبض فيه إلا اليوم واليومين ونحوهما، ولم يجز أكثر من ذلك؛ إذ لا يجوز شراء سلعة بعينها على أن يتأخر قبضها اليوم واليومين والثلاثة ونحو ذلك. وبالله التوفيق.

ص: وفسد فيه على المنقول ش: قال في التوضيح: المنقول عن مالك في المبسوط أنه يدفع في وسط

الحديث ....

[1426] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص530 ويحيى139 وسيد60.

[1427] – ساقطة من المطبوع وسيد60 وما بين المعقوفين من ن عدود ص530 ويحيى139.

نص خليل أَوْ جُرْزَةٍ فِي كَقصِيلٍ لاَ بِفَدَّانٍ أَوْ بِتَحَرٍّ وَهَلْ بِقَدْرِ كَذَا أَوْ يَأْتِيَ بِهِ وَيَقُولُ كَنَحْوِهِ تَأْوِيلاَنِ وَفَسَدَ بِمَجْهُولٍ وَإِن نُّسَبَهُ أُلْغِيَ وَجَازَ بِذِرَاعِ رَجُلٍ مُعَيَّنٍ كَوَيْبَةٍ وَحَفْنَةٍ وَفِي الْوَيْبَاتِ وَالْحَفَنَاتِ قَوْلاَنِ وَأَنْ تُبَيَّنَ صِفَاتُهُ الَّتِي تَخْتَلِفُ بِهَا الْقِيمَةُ فِي السَّلَمِ عَادَةً.

متن الحطاب الشهر، وقاله ابن القاسم في العتبية وفضل. اهـ. زاد ابن عرفة في بيوع الآجال في رواية المبسوط أنه أجل معلوم وهو وسط الشهر، وذكر أن ابن رشد رجحه، وكذا ابن سهل وكلام ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الأيمان والنذور في المسألة التي تكلم فيها على الفصول الأربعة، وفي رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب المديان يقتضي ترجيح القول بصحة السلم في مسألة شهر كذا، ويفهم من كلام ابن رشد في كتاب الديات أن من أسلم إلى الصيف مثلا أنه يصح ويحل بأوله؛ لأنه أجل معلوم كالشهر، ونصه في شرح قوله في الرواية: قيل له إنما شرط عليه في سنة كذا ولم يسم في شهر منها قال أرى أن يعطيها يعني الدية في وسطها يعني السنة.

قال ابن رشد: فيه دليل على أن من باع على أن يقضيه الثمن في شهر كذا أو في سنة كذا أنه بيع جائز ويحل عليه الثمن في وسط الشهر، وفي وسط السنة خلاف ما يروى عن ابن لبابة أنه قال البيع على هذا فاسد؛ لأنه أجل مجهول، وقد أجاز في المدونة البيع إلى الحصاد والجداد وجعله أجلا معلوما يحل على المشتري في عظم الحصاد والجداد، [وكذا لو باعه على أن يحل عليه الثمن في عُظْمِ الحصاد والجداد وسواء باعه على أن يودي إليه في الحصاد والجداد[1428]] أو باعه إلى الجداد والحصاد يحل عليه الثمن في الوجهين جميعا في عظم الحصاد والجداد؛ إذ ليس لأول الحصاد والجداد من آخره حد معلوم محصور/ فيحمل في الوجهين على عظمه، بخلاف الشهر إذا باعه على أن يعطيه الثمن في شهر كذا جاز البيع وحل عليه الثمن في وسطه بدليل هذه الرواية، ومن جهة المعنى أن الشهر لما كان أوله معلوما من آخره كان وسطه معروفا فقضي بحلول الثمن عنده وإذا باعه إلى شهر كذا وكذا حل عليه الثمن بحلوله لأنه إلى غاية، وهذا بين. اهـ. فإذا علم ذلك فمن باع من رجل بيعا على أن يقضيه الثمن في الصيف فلا إشكال أنه يقضيه في وسط الصيف على هذا القول الذي رجحه ابن رشد، وعلى قول ابن لبابة يفسد السلم بذلك، وإذا باعه إلى الصيف فإذا كان المتبايعان يعرفان الحساب ويعرفان أول الصيف وآخره فيحل بأوله، وإن لم يكونا ممن يعرفان الحساب وإنما الصيف عندهما شدة الحر وما أشبه ذلك صار ذلك بمنزلة البيع إلى الحصاد والجداد فيحل في معظمه. فتأمله. ويرجع في أول الصيف إلى الحساب الذي يتعارفه أهل ذلك البلد. والله أعلم.

531

ص: وجرزة ش: الجرزة واحدة الجرز. قال في التنبيهات: الجرز رويناه بضم الجيم والراء وفتح الراء أيضا وآخره زاي وهي القبض. اهـ.

ص: وأن [يبين[1429]] صفاته التي تختلف بها القيمة في السلم عادة ش: قال في التوضيح:

الحديث ....

[1428] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص530 ويحيى140 وسيد60.

[1429] *– علق عليه الشيخ محمد سالم ب النسخة المعروفة وأن تبين وما في المطبوعة (وفي يحيى140 وأن يبين) وكل جائز.

نص خليل كَالنَّوْعِ وَالْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ وَبَيْنَهُمَا وَاللَّوْنِ فِي الْحَيَوَانِ وَالثَّوْبِ وَالْعَسَلِ وَمَرْعَاهُ وَفِي التَّمْرِ وَالْحُوتِ وَالنَّاحِيَةِ وَالْقَدْرِ وَفِي الْبُرِّ وَجِدَّتَهُ وَمِلْئُهُ إن اخْتَلَفَ الثَّمَنُ بِهِمَا وَسَمْرَاءَ أَوْ مَحْمُولَةً بِبَلَدٍ هُمَا بِهِ.

متن الحطاب ويشترط أن تكون الصفات معلومة لغير المتعاقدين؛ لأنه متى اختص المتعاقدان بعلمها دل ذلك على ندورها، والندور يقتضى عزة الوجود، وأيضا فاختصاصهما بها يؤدي إلى التنازع بينهما .اهـ. وقال في الشامل: وإن تبين صفاته المعلومة لهما ولغيرهما إن كانت قيمة السلم فيه تختلف بها عادة أو تختلف الأغراض بسببها. اهـ .

532 ص: كالنوع/ والجودة والرداءة وبينهما ش: يفهم من كلام المصنف أن نوع المسلم فيه وجودته ورداءته أو كونه بين الجودة والرداءة يطلب بيانه في كل شيء يسلم فيه، وذلك ظاهر ثم إن بعض الأشياء تفتقر إلى شيء آخر فشرع المصنف يذكر ذلك.

ص: واللون في الحيوان والثوب والعسل ش: يعني أن اللون يطلب في هذه الثلاثة الأشياء وهي الحيوان والثياب والعسل وفيما يذكره بعد هذا، ويريد مع بيان النوع والجودة وضديهما.

ص: ومرعاه ش: يعني أن العسل لا بد فيه من بيان [نوعه من كونه مصريا أو مغربيا أو نحوهما وبيان جودته ورداءته وبيان لونه من كونه أحمر أو أبيض أو صافيا ومن بيان[1430]] مرعى نحله، وقال ابن غازي: لا أذكر من ذكر المرعى في العسل والمصنف مطلع، ولم يذكره ابن عرفة مع كثرة اطلاعه. اهـ.

قلت: ذكره المازري في شرح التلقين ونصه: والجواب عن السؤال الرابع أن يقال أما العسل فلا بد من بيان مرعاه؛ لأجل اختلاف طعم العسل وحلاوته وقوامه ولونه باختلاف مراعيه وهذه [معان[1431]] مقصودة فيه يختلف الثمن باختلافها اختلافا كثيرا كالنحل الذي مرعاه السعتر وآخر مرعاه الورد والأشياء الطيبة والخريفية كالسعتر وغير الخريفية كالورد، وآخر مرعاه الأسفنارية وشبهها. اهـ.

ص: وفي التمر والحوت والناحية والقدر ش: [يعني[1432]] لا بد في التمر والحوت مع بيان النوع والجودة وضديهما واللون من بيان الناحية؛ أي بلده التي يجلب منها والقدر أي كبر التمرة وصغرها. قال في التوضيح: قال المازري: فيحتاج في التمر إلى ذكر النوع والجودة والرداءة. قال: وزاد بعض العلماء البلد واللون وكبر الثمرة وصغرها وكونه جديدا أو قديما. اهـ. فيحتاج إلى ستة أوصاف خمسة مفهومة من كلام المصنف وهي: النوع والجودة وضداهما والبلد واللون والقدر، وبقي السادس وهو

533 كونه قديما أو جديدا ولو/ قدمه المصنف عن قوله: "والبر" لكان حسنا فإن كلام المصنف يوهم أن الجدة والقدم إنما يطلب بيانه في البر.

ص: وفي البر وجدته وملئه ش: يعني أن البر يطلب فيه الأوصاف المتقدمة ويطلب فيه أيضا بيان

الحديث ....

1430 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص532 ويحيى140 وسيد60.

1431 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص532 ويحيى140 وسيد60.

1432 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص532 ويحيى140 وسيد61.

نص خليل

وَلَوْ بِالْحَمْلِ بِخِلاَفِ مِصْرَ فَالْمَحْمُولَةَ وَالشَّامِ فَالسَّمْرَاءُ وَنَقيٍ أَوْ غَلِثٍ وَفِي الْحَيَوَانِ وَسِنَّهُ وَالذكُورَةَ وَالسِّمَن وَضِدَّيْهِمَا وَفِي اللَّحْمِ وَخَصِيًّا وَرَاعِيًا أَوْ مَعْلُوفًا لاَ مِنْ كَجَنْبٍ وَفِي الرَّقِيقِ وَالْقَدِّ وَالْبَكَارَةَ وَاللَّوْنَ قَالَ وَكَالدَّعَجِ وَتَكَلْثُمِ الْوَجْهِ وَفِي الثَّوْبِ وَالرِّقَّةَ وَالصَّفَاقَةَ وَضِدَّيْهِمَا وَفِي الزَّيْتِ الْمُعْصَرَ مِنْهُ وَبِمَا يُعْصَرُ بِهِ وَحُمِلَ فِي الْجَيِدِ وَالرَّدِيءِ عَلَى الْغَالِبِ وَإِلاَّ فَالْوَسَطُ وَكَوْنُهُ دَيْنًا.

متن الحطاب

جدته وملئه إن اختلف الثمن بسببهما. قال في التوضيح: واشترط بعض العلماء في القمح وصفا سابعا وهو كون القمح ضامرا أو ممتلئا، ورأى أن الثمن يختلف باختلافه، ورأى أن الضامر يقل ريعه. اهـ.

ص: **ولو بالحمل** ش: يعني أن البلد إذا كانت فيه السمراء والمحمولة فإن كانا ينبتان به وجب بيانهما وإن كانا يجلبان إليه فكذلك، وإلا فسد السلم في الصورتين خلافا لابن حبيب، وإلى قوله أشار بلو، وهذه طريقة ابن بشير، وطريقة ابن يونس عكسها، فإنه إنما حكى قول ابن حبيب في البلد الذي ينبتان به. قال ابن غازي: ولم أر من نبه على اختلاف الطريقتين. اهـ.

قلت: نبه على ذلك ابن عبد السلام فإنه لما تكلم على قول ابن الحاجب السابع معرفة الأوصاف استطرد إلى ذكر مسألة المحمولة والسمراء. ثم قال: والكلام فيها طويل فعليك بكلام ابن بشير في التنبيه، وقابله بنقل ابن يونس فإنهما مختلفان، ووافق ابن بشير في الأنواع البديعة ما نقله ابن يونس [وأشبع[1433]] الكلام في الأنوار. اهـ.

ص: **وفي الحيوان وسنه** [الخ[1434]] ش: لما كان كلامه الأول يوهم أن الحيوان إنما يطلب فيه بيان النوع والجودة وضديهما، واللون نبه هنا على أنه يطلب فيه أيضا سنه والذكورة والسمن وضداهما وهو الأنوثة والهزال. قال ابن الحاجب: فيذكر في الحيوان اللون والنوع والذكورة والأنوثة والسمن. قال في التوضيح: يحتمل أن يريد بالنوع حقيقته كنوع الإنسان والإبل، ويحتمل أن يريد بالنوع الصنف كالرومي والتركي، ولا بد من ذكرهما. قال: وجعل المصنف اللون معتبرا في جميع الحيوان ونص في الجواهر على اعتباره في الخيل والإبل ولم يذكره في الطير، واعلم أن ذكر الجنس يغني عن ذكر اللون في الرقيق فجنس النوبة السواد والروم البياض والحبش السمر، لكن يحتاج على هذا إلى بعض عرضيات اللون كالذهبي والأحمر والبياض الشديد، وذكر سند [أن[1435]] اللون إنما يعتبر في الرقيق، ولعله اعتمد على المازري، [فإنه[1436]] لم يذكر اللون في غيره وليس بظاهر، فإن الثمن يختلف به، وقد ذكره بعضهم في الخيل وغيره من الحيوان. ابن بشير وغيره: وحظ الفقيه المفتي في هذا أن يحيل على العارفين فما حكوا أن الأثمان والأغراض تختلف به يجب ذكره.

534

ص: **وفي الرقيق والقد** ش: اقتصر رحمه الله في ذكر القد على الرقيق/ اعتمادا على ما ذكره في التوضيح عن سند أنه لا يشترط ذكر القد فيما عدا الإنسان، وهو خلاف قول ابن الحاجب: ويزاد في الرقيق القد وكذا الخيل والإبل وشبههما قال فانظر ذلك. اهـ.

ص: **وكونه دينا** ش: أي في الذمة يعني أن الشرط السادس من شروط السلم أن يكون المسلم فيه لا يشار إليه بعينه وخصوصيته بل يكون في ذمة المسلم إليه. قال ابن عبد السلام: ولا أعلم في ذلك

الحديث

....

[1433] – في المطبوع واستتبع وما بين المعقوفين من ن عدود ص533 ويحيى140 وسيد61.
[1434] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص533 ويحيى140 وسيد61.
[1435] – ساقطة من المطبوع وسيد61 وما بين المعقوفين من ن عدود ص533 ويحيى140.
[1436] – في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من سيد61 ويحيى140.

نص خليل وَوُجُودُهُ عِنْدَ حُلُولِهِ وَإِن انقَطَعَ قَبْلَهُ لاَ نَسْلَ حَيَوَانٍ عُيِّنَ وَقلَّ أَوْ حَائِطٍ.

متن الحطاب خلافا في أن ذلك من شرط حقيقة كونه مسلما، والذمة أمر تقديري يفرضه الذهن وليس ذاتا ولا صفة لها فيقدر المبيع وما في معناه من الأثمان؛ كأنه في وعاء عند من هو مطلوب به فالذمة هي الأمر التقديري الذي يحوي ذلك المبيع أو عوضه، وإنما شرطوا ذلك فيه لأنه لو لم يكن في الذمة لكان معينا، وذلك ملزوم لبيع معين يتأخر قبضه، [ولا يجوز بيع معين يتأخر قبضه[1437]] لأنه إن لم يكن في ملك البائع فالغرر ظاهر لاحتمال أن لا يبيعه من هو في ملكه، وإن كان في ملك البائع فالغرر أيضا لازم؛ لأن بقاءه على تلك الصفة غير معلوم، ولأنه يلزم منه الضمان بجعل لأن المسلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه، واعترض ابن عرفة على ابن عبد السلام في تعريفه الذمة بما تقدم [بأنه[1438]] يلزم كون معنى قولنا إن قام زيد ونحوه ذمة، والصواب في تعريفها أنها ملك متمول كلي حاصل أو مقدر ويخرج عنه ما أمكن حصوله من نكاح أو ولاية أو وجوب حد أو قصاص أو غيره مما ليس متمولا إذ لا يسمى في العرف ذمة. اهـ. وقال في المسائل الملقوطة: الذمة معنى في المكلف قابل للإلزام والالتزام، وقيل أمر تقديري الخ كلام ابن عبد السلام، وانظر آخر الباب الثاني من كتاب الكفالة من الذخيرة فإنه تكلم على الذمة أيضا، وانظر أيضا القواعد له. والله أعلم.

ص: **ووجوده عند حلوله** ش: قال الشارح: ينبغي أن يكون مراده بالوجدان كونه مقدورا على تحصيله عند حلول السلم.

قلت: وهو كذلك وينبغي أن يقيد بقيد آخر وهو أن المعتبر كونه مقدورا عليه في الغالب. قال ابن الحاجب: الرابع أن يكون مقدورا على تحصيله غالبا وقت حلوله لئلا يكون تارة سلفا، وتارة ثمنا. قال في التوضيح: قوله غالبا أي فلا يعتبر عدمه نادرا؛ لأن الغالب في الشرع كالمحقق.

535 ص: **وإن انقطع قبله** ش: قال ابن الحاجب: ولا يضره/ الانقطاع قبله أو بعده. قال في التوضيح: أي قبل حلوله ولا بعده كالأشياء التي لها إبان، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد خلافا لأبي حنيفة رحمه الله في اشتراط وجوده من حين السلم فيه إلى حين وجوده لاحتمال الموت والفلس. قال في التوضيح: ولم يعتبر أصحابنا ذلك؛ لأنه من الأمور النادرة.

فرع: فلو مات المسلم إليه قبل الإبان وقف قسم التركة إليه، وقال ابن رشد: إنما يوقف إن خيف أن يستغرقها ما عليه من السلم وإن قل وكثرت وقف قدر ما يرى أنه يفي بالسلم، وقسم ما سواه إلا على رواية أشهب أن القسم لا [يجوز وعلى[1439]] الميت دين وإن كان يسيرا. اهـ. وانظر بقية كلام التوضيح وابن عرفة. قال ابن عبد السلام: وإن كان عليه ديون ضرب للمسلم [بقيمة[1440]] ذلك الشيء في وقته على ما يعرف في أغلب الأحوال من غلاء أو رخص وتمم بعضهم هذا الكلام فقال ويوقف ما صار له في المحاصة حتى يأتي الإبان فيشتري له ما أسلم فيه فإن نقص عن ذلك اتبع

الحديث ....

[1437] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص534 ويحيى141 وسيد61.

[1438] - في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص534 ويحيى141 وسيد61.

[1439] - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

[1440] - في المطبوع بقية وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

نص خليل وَشُرِطَ إِنْ سُمِّيَ سَلَمًا لاَ بَيْعًا إِزْهَاؤُهُ وَسَعَةُ الْحَائِطِ وَكَيْفِيَّةُ قَبْضِهِ وَلِمَالِكِهِ وَشُرُوعُهُ وَإِن لِنِصْفِ شَهْرٍ وَأَخْذُهُ بُسْرًا أَوْ رُطَبًا لاَ تَمْرًا فَإِنْ شَرَطَ تَتَمُّرَ الرُّطَبِ مَضَى بِقَبْضِهِ وَهَلِ الْمُزْهِي كَذَلِكَ وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُ أَوْ كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ تَأْوِيلاَنِ فَإِن انْقَطَعَ رَجَعَ بِحِصَّةِ مَا بَقِيَ وَهَلْ عَلَى الْقِيمَةِ وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُ أَوْ عَلَى الْمَكِيلَةِ تَأْوِيلاَنِ وَهَلِ الْقَرْيَةُ الصَّغِيرَةُ كَذَلِكَ أَوْ إِلاَّ فِي وُجُوبِ تَعْجِيلِ النَّقْدِ فِيهَا أَوْ تُخَالِفُهُ فِيهِ وَفِي السَّلَمِ لِمَن لاَ مِلْكَ لَهُ تَأْوِيلاَتٌ وَإِن انْقَطَعَ مَالَهُ إِبَّانٌ أَوْ مِنْ قَرْيَةٍ خُيِّرَ الْمُشْتَرِي فِي الْفَسْخِ وَالإِبْقَاءِ وَإِنْ قَبَضَ الْبَعْضَ وَجَبَ التَّأْخِيرُ إِلاَّ أَنْ يَرْضَيَا بِالْمُحَاسَبَةِ وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مُقَوَّمًا وَيَجُوزُ فِيمَا طُبِخَ وَاللُّؤْلُؤِ وَالْعَنْبَرِ وَالْجَوْهَرِ وَالزُّجَاجِ وَالجِصِّ وَالزِّرْنِيخِ وَأَحْمَالِ الْحَطَبِ وَالأَدَمِ وَصُوفٍ بِالْوَزْنِ لاَ بِالْجِزَزِ وَالسُّيُوفِ وَتَوْرٍ لِيُكَمِّلَ.

متن الحطاب بالقيمة ذمة الميت إن طرأ له مال، وإن زاد لم يشتر له إلا قدر حقه وترك البقية إلى من يستحق ذلك من وارث أو مديان. قال: ولو هلك ما وقف له في حال الوقف لكان من المسلم إليه لأنه له نماؤه فعليه [تواه[1441]] وحق هذا غير ما وقف له.

قلت: ولم [يحكم[1442]] في هذه المسألة بما قاله ابن القاسم فيما [وقف[1443]] للغرماء من مال المفلس، ولعل ذلك أن مسألة [السلم[1444]] لم يحل الأجل فيها لكون الإبان لم يأت فلم يتمكن المشتري من حقه بوجه، ولو حل الأجل [فيجري[1445]] فيها حكم ما وقف للغرماء من مال المفلس. اهـ.

ص: وشرط إن سمي سلما لا بيعا إزهاؤه ش: انظر هذه المسألة في أوائل السلم الأول من المدونة وانظر كلام الشيخ أبي الحسن فإنه لم يفرق بين كونه سلما أو مبيعا إلا في اشتراط الأجل؛ لأن السلم يقتضي التأجيل، وإن سماه بيعا فلا يشترط ذلك، ويحمل على الحلول. والله أعلم.

تنبيه: إن قيل ظاهر كلام المصنف أنه إذا سماه سلما يشترط تقديم رأس المال لوجود ذلك في السلم، وقد صرح في المدونة بأن ذلك لا يشترط بل يجوز تأخيره ولو بشرط ، والجواب أن ذلك مفهوم من قول المصنف: "وهل القرية الصغيرة كذلك أو إلا في وجوب تعجيل النقد فيها".

536 ص: وكيفية قبضه ش: أي فيذكر القدر الذي يأخذ من كيل أو وزن أو/ عدد وما يأخذه كل يوم، وهل الأيام متوالية أو متفرقة؟ ولا يجوز على أن يأخذ كل يوم ما شاء ولو شرط أخذ الجميع في يوم لجاز. قاله في التوضيح.

ص: وإن انقطع رجع بحصة ما بقي وهل على القيمة وعليه الأكثر أو المكيلة تأويلان ش:

537 قال في المدونة: وإذا اشترط أخذه رطبا وقبض بعض/ سلمه ثم انقطع ثمر ذلك الحائط لزمه ما أخذ

الحديث ....

1441 - في المطبوع نواؤه وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

1442 - في المطبوع يحك وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

1443 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

1444 - في المطبوع التسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

1445 - في المطبوع لجرى وهي نسخة وما بين المعقوفين من ن عدود ص535 ويحيى141 وسيد61.

نص خليل وَالشِّرَاءُ مِنْ دَائِمِ الْعَمَلِ كَالْخَبَّازِ وَهُوَ بَيْعٌ وَإِن لَّمْ يَدُمْ فَهُوَ سَلَمٌ.

متن الحطاب 538

بحصته ورجع بحصة ما بقي من الثمن. انتهى. وإلى ما تقدم أشار المصنف بقوله: "رجع بحصة ما بقي" وأشار بقوله: "وهل على القيمة الخ" إلى ما نقله ابن يونس وأبو/ الحسن بعد الكلام الأول، ونص ما عند ابن يونس وفي كتاب ابن مزين قلت: كيف يتحاسبان إذا انقطع اللبن والثمرة على قيمة ما قبض وما بقي أم على الكيل الذي قبض والكيل الذي بقي قال بل على كيل ما قبض وما بقي ولا ينظر في [هذا إلى[1446]] القيمة [وإنما ينظر إلى القيمة[1447]] في الذي يبتاع لبن غنم جزافا أياما معدودة فيحلبها أياما ثم تموت أو يموت بعضها، وحكى ابن القاسم أنه قال إنما يحسب على القيمة لا على الكيل لأنه إنما كان يأخذ شيئا فشيئا إلا أن يشترط عليه أن يجده من يومه أو في يوم واحد مسمى فهذا يجب على الكيل. انتهى. وقال في الشامل: "وهل على المكيلة أو القيمة إلا بشرط جده في يوم فعلى المكيلة وعليه الأكثر ورجح تأويلان"، ومعنى هذا أنه إذا سلمه مثلا في عشرة آصع من الرطب وقبض خمسة مثلا ثم انقطع ثمر الحائط فهل يرجع على حسب المكيلة؟ فيقال قبض النصف ويرجع بما ينوب النصف الثاني من رأس المال أو يقال الخمسة التي قبضها تساوي ثلاثة أرباع رأس المال لأنها في أول الأمر فقيمتها أغلا فيرجع بربع رأس المال قيمة الخمسة الباقية.

تنبيه: فإن قلت أطلق المصنف في التأويل الأول وهو يقيد بما إذا لم يشترط جده في يوم واحد [كما تقدم.[1448]] قلت: إنما سكت عن ذلك لوضوحه لأنه إذا شرط جده في يوم واحد لم تختلف قيمته. والله أعلم.

ص: والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وإن لم يدم فسلم ش: هذه تسمى بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم، والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة، وفي أوائل السلم. قال في كتاب التجارة: وقد كان الناس يتبايعون اللحم بسعر معلوم يأخذ كل يوم شيئا معلوما ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق ولا يكون إلا بأمر معلوم يسمي ما يأخذ كل يوم وكان العطاء يومئذ مأمونا ولم يروه دينا بدين واستخفوه. انتهى. وقد ذكروا أنه [يجوز أن[1449]]يتأخر الشروع العشرة الأيام ونحوها، وقال في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: وحدثنا مالك عن عبد الرحمن المجمر عن سالم بن عبد الله قال كنا نبتاع اللحم من الجزارين بسعر معلوم نأخذ منه كل يوم رطلا أو رطلين أو ثلاثة، ويشترط عليهم أن يدفعوا الثمن من العطاء قال: وأنا أرى ذلك حسنا. قال مالك: ولا أرى به بأسا إذا كان العطاء مأمونا [وإن كان[1450]] الثمن إلى أجل فلا أرى به بأسا. قال ابن رشد: كنا الخ يدل على أنه معلوم عندهم مشهور، ولاشتهار ذلك من فعلهم سميت بيعة أهل المدينة وهذا أجازه مالك وأصحابه اتباعا لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين: أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه على ما قاله غير ابن القاسم

الحديث ....

1446 – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص538 ويحيى141 وسيد61.
1447 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص538 ويحيى141 وسيد61.
1448 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص538 ويحيى141 وسيد61.
1449 – ساقطة من المطبوع ووردت في سيد61 .
1450 – في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من ن عدود ص538 ويحيى141 وسيد61.

نص خليل كَاسْتِصْنَاعِ سَيْفٍ أَوْ سَرْجٍ وَفَسَدَ بِتَعْيِينِ الْمَعْمُولِ مِنْهُ أَوْ الْعَامِلِ وَإِنِ اشْتَرَى الْمَعْمُولَ مِنْهُ وَاسْتَأْجَرَهُ جَازَ إِنْ شَرَعَ عَيَّنَ عَامِلَهُ أَمْ لاَ إِلاَّ فِيمَا لاَ يُمْكِنُ وَصْفُهُ كَتُرَابِ الْمَعْدَنِ وَالأَرْضِ وَالدَّارِ.

متن الحطاب في سماع سحنون من السلم والآجال، وليس ذلك محض سلم، ولذلك جاز تأخير رأس المال إليه فيه ولا شراء شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله، وقد روي عن مالك أنه لم يجز ذلك ورآه دينا بدين وقال تأويل حديث[1] المجمر أن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وهذا تأويل سائغ في الحديث؛ لأنه إنما سمى فيه السوم وما يأخذ كل يوم ولم يذكر عدد الأرطال التي اشترى منه فلم ينعقد بينهما بيع على عدد مسمى من الأرطال، فكلما أخذ شيئا وجب عليه ثمنه إلى العطاء، ولا يلزم واحدا منهما التمادي على ذلك إذا لم يعقد بيعهما على عدد معلوم مسمى من الأرطال فكلما أخذ شيئا وجب عليه ثمنه إلى العطاء، وإجازة ذلك مع تسمية الأرطال التي يأخذ منها في كل يوم رطلين أو ثلاثة على الشرطين المذكورين هو المشهور في المذهب، وهو قوله في هذه الرواية: وأنا أراه حسنا معناه، وأنا أجيز ذلك استحسانا اتباعا لعمل أهل المدينة وإن كان القياس يخالفه. انتهى.

فرع: قال في النوادر: ومن أسلم في لحم ضأن يأخذ كل يوم وزنا معلوما فله أن يأخذ في يومه لحما بقدره ولا يتعجل منه في ذلك اليوم أكثر من شرطه، ومن الواضحة:/ وإذا شرط أن يأخذ كل يوم من اللحم كذا فأخذ يوما أكثر من الشرط وأدى ثمن الزائد فإن كان ما أخذ مثل صفة شرطه فجائز، وإن كان بخلاف الصفة من [سمن[1451]] اللحم أو عظم الحيتان أو [صنفا[1452]] من اللحم غير ما له عليه لم يجز أن يشتري منه زيادة في الوزن، ولو جاءه بمثل الوزن دون الصفة أو خلاف الجنس ويعطيه معه عرضا أو عينا لم يجز، ولا يأخذ أكثر وزنا وأدنى صفة، [ويأخذ[1453]] [ثمنا، [1454]] ولو سأله أن يعجل له [شرطه ليومين[1455]] أو ثلاثة جاز ما لم يعطه أدنى صفة أو أعلى فلا يجوز. اهـ. 539

ص: **كاستصناع سيف أو سرج وفسد بتعيين المعمول منه أو العامل** ش: قال في المدونة: من استصنع طستا أو قلنسوة أو خفا/ أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة، فإن كان مضمونا إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئا بعينه يعمله منه جاز ذلك إذا قدم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدا لم يجز وصار دينا بدين، وإن اشترط عمله من نحاس أو حديد بعينه، أو ظواهر معينة أو عمل رجل بعينه لم يجز وإن نقده؛ لأنه 540

الحديث [1] – عن عبد الرحمن المجبر عن سالم بن عبد الله أنه قال كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار ناخذ كل يوم كذا وكذا رطلا والثمن إلى العطاء فلم ير أحد ذلك دينا بدين ولم يروا به بأسا، البيان والتحصيل، لابن رشد، كتاب السلم والاجال الثاني، ج7 ص208، دار الغرب الاسلامي 1988.

[1451] – في المطبوع ثمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص539 ويحيى142 وسيد61.

[1452] *– في المطبوع وصفا وما بين المعقوفين من يحيى141 وسيد60.

[1453] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من النوادر ج6 ص44.

[1454] – أشار عندها عدود ص539 ويحيى142 وسيد61.

[1455] *– في المطبوع شرط اليومين وما بين المعقوفين من يحيى142 وسيد61.

نص خليل
وَالْجِزَافِ وَمَا لاَ يُوجَدُ وَحَدِيد وَإِن لّمْ يَخْرُجْ مِنْهُ السُّيُوفُ فِي سُيُوفٍ وَبِالْعَكْسِ وَلاَ كَتَّانٍ غَلِيظٍ فِي رَقِيقِهِ إن لّمْ يُغْزَلاَ وَثَوْبٍ لِيُكَمَّلَ وَمَصْنُوعٍ قُدِّمَ لاَ يَعُودُ هَيِّنَ الصَّنْعَةِ كَالْغَزْلِ بِخِلاَفِ النَّسْجِ إلاَّ ثِيَابَ الْخَزِّ وَإِنْ قُدِّمَ أَصْلُهُ اعْتُبِرَ الأَجَلُ وَإِنْ عَادَ اعْتُبِرَ فِيهِمَا وَالْمَصْنُوعَانِ يَعُودَانِ يُنْظَرُ لِلْمَنْفَعَةِ وَجَازَ قَبْلَ زَمَانِهِ قَبُولُ صِفَتِهِ فَقَطْ.

متن الحطاب
غرر لا يدري [أيسلم[1456]] إلى ذلك أم لا، ولا يكون السلف في شيء معين. اهـ. قال أبو الحسن [الصغير[1457]] بعد أن ذكر كلام ابن رشد الذي ذكره المصنف في التوضيح، وقاله الشارح في الكبير وابن غازي: قالوا وهذه الأقسام الأربعة في الكتاب أحدها قوله: "فإن كان مضمونا إلى مثل أجل السلم" والثلاثة الأقسام تؤخذ من قوله: "وإن اشترط عمله من نحاس بعينه" يعني والرجل غير معين، وقوله: "رجل بعينه" يعني والمصنوع منه غير معين. ثم قال في الجواب عن الوجهين: لم تجز ولو عين كلا منهما لكان أحرى في المنع إلا أنه انظر كيف يستقيم هذا مع ما ذكره ابن رشد؟ فقال: كلام ابن رشد إنما هو في بيع النقد؛ أعني فيما عدا الوجه الأول، [وجوابه[1458]] في الكتاب إنما هو في بيع الأجل. اهـ. ثم تكلم أبو الحسن على الوجه الرابع في كلام ابن رشد وهو ما إذا كان المصنوع منه مضمونا والصانع معين [أنه[1459]] لا يجوز، وجعله معارضا لما تقدم في مسألة الشراء من دائم العمل، ويمكن أن يحمل كلام المدونة على ما إذا لم يشتر المعمول منه، وكلام ابن [رشد[1460]] فيما إذا اشترى المعمول منه، ولعل المصنف فهم ذلك فذكر أولا أنه يفسد بتعيين المعمول منه والصانع. ثم قال: ولو اشترى المعمول منه واستأجره جاز، ولهذا قيد ذلك بقوله: "إن شرع" وإنما لم يجز إذا لم يشرع؛ لأنه يصير هنا من بيع معين يتأخر قبضه، ويفهم هذا من كلام ابن عبد السلام ومن كلام الرجراجي. والله أعلم.

ص: **والجزاف** ش: يشير إلى قوله في المقدمات: "فسلف الدنانير والدراهم جائز في كل شيء من كل من العروض والطعام والرقيق والحيوان وجميع الأشياء حاشا أربعة: أحدها ما لا يصح الانتقال به من الدور والأرضين، والثاني ما لا يحاط بصفته مثل تراب المعادن والجزاف فيما يصح بيعه جزافا، والثالث [ما يتعذر[1461]] وجوده من الصفة، والرابع ما لا يجوز بيعه بحال مثل تراب [الصواغين[1462]] والخمر والخنزير وجلود الميتة وجميع النجاسات". اهـ.

541 ص: **[وحديد[1463]] في سيوف** ش: لأن الصنعة المفارقة/ لغو بخلاف اللازمة. قال ابن عرفة: والصنعة المفارقة في أصله كأصله، بخلاف اللازمة كالنسج. ثم ذكر هذه المسألة.

ص: **وجاز قبل زمانه قبول صفته فقط** ش: هذا إذا قضاه بشيء من جنسه؛ إذ لا بد أن يكون

الحديث

1456 *- في المطبوع أسلم ويحيى142 أسلم وما بين المعقوفين من سيد61.
1457 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى142 وسيد61.
1458 - في المطبوع وجاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص540 ويحيى142 وسيد61.
1459 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص540 ويحيى142 وسيد61.
1460 *- في المطبوع بشير وما بين المعقوفين من يحيى142 وسيد61.
1461 - في المطبوع ما لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص540 ويحيى142 وسيد61.
1462 - في المطبوع الصياغين وما بين المعقوفين من ن عدود ص540 ويحيى142 وسيد61.
1463 - في المطبوع وحرير وما بين المعقوفين من ن عدود ص540 ويحيى142 وسيد61.

نص خليل كَقَبْلَ مَحَلِّهِ فِي الْعَرْضِ مُطْلَقًا وَفِي الطَّعَامِ إنْ حَلَّ إن لَّمْ يَدفَعْ كِرَاءً وَلَزِمَ بَعْدَهُمَا كَقَاضٍ إنْ غَابَ وَجَازَ أَجْوَدُ وَأَرْدَأُ لاَ أَقَلَّ إلاَّ عَن مِثْلِهِ وَيُبْرِئُ مِمَّا زَادَ وَلاَ دَقِيقٌ عَنْ قَمْحٍ وَعَكْسُهُ وَبِغَيْرِ جِنْسِهِ إنْ جَازَ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَبَيْعُهُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ مُنَاجَزَة وَأَنْ يُسْلَمَ فِيهِ رَأْسُ الْمَالِ لاَ طَعَام وَلحمٍ بحَيَوَانٍ وَذَهَبٍ وَرَأسُ الْمَالِ وَرِق وَعَكْسُهُ.

متن الحطاب موافقا له في صفته لا أدنى ولا أعلى، وأما لو قضاه قبل الأجل بغير جنسه فيشترط في المتقضى الشروط الثلاثة الآتية فيما إذا قضاه بغير جنسه بعد الأجل، وشرط رابع وهو أن يكون المقتضى مما يجوز بيعه بالمسلم فيه إلى أجل. قال في التوضيح: فلا يجوز أخذ أعلا ولا أدنى؛ لأنه يلزم حط الضمان وأزيدك أوضع وتعجل. اهـ. ونحوه لابن بشير، والظاهر أن هذا الشرط الرابع مستغنى عنه؛ لأن الغرض أن المأخوذ من غير جنس المسلم فيه، ولا شك أن الجنسين يجوز سلم أحدهما في الآخر. فتأمله. فيشترط فيه الشروط الآتية فقط، ويحمل قول الشيخ بعد هذا على إطلاقه؛ أي سواء كان ذلك قبل الأجل أو بعده. والله أعلم.

ص: كقبل محله في العرض مطلقا وفي الطعام إن حل ش: هذا مشكل استشكله جماعة منهم التونسي وابن الكاتب وابن محرز.

ص: وجاز أجود وأردأ ش: أي من جنسه قال في المدونة في آخر السلم الأول: وإن أسلمت في محمولة أو سمراء أو شعير أو سلت أو أقرضت ذلك فلا بأس أن تأخذ بعض هذه الأصناف قضاء من بعض؛ مثل المكيل إذا حل الأجل، وهو بدل جائز، وكذلك أجناس التمر، ولا يجوز ذلك كله قبل محل الأجل في البيع أو في/ القرض، وإن أسلمت في حنطة فلا تأخذ منه دقيق حنطة وإن حل الأجل، ولا بأس به من قرض بعد محله، وإن أسلمت في لحم ذوات الأربع [جاز[1464]] أن [تأخذ[1465]] لحم بعضها أو شحمها قضاء من بعض إذا حل الأجل؛ لأنه بدل، وليس هو بيع طعام قبل قبضه؛ لأنه كله نوع واحد، ألا ترى أن التفاضل لا يجوز فيه، [فكأنه[1466]] أخذ ما سلف فيه. اهـ.

542

ص: لا أقل إلا عن مثله ش: أي لا يجوز أن يأخذ الأجود والأردأ أقل من حقه إلا على وجه القضاء من ذلك المقدار، ثم يبرئه المسلم مما [زاد لا[1467]] على وجه المصالحة عن الجميع بالمأخوذ. قال في أواخر السلم الثالث من المدونة في ترجمة اقتضاء الطعام من ثمن الطعام: وهل تراعى هذه التهمة في أخذه أقل من ذلك النصف بعينه أم لا؟ ذكر ابن عرفة أنه لا يعتبر، وذكر أبو الحسن عن ابن اللباد اعتبار ذلك. والله أعلم.

ص: ولا دقيق عن قمح وعكسه ش: تصوره واضح. وهذا بخلاف القرض، وقاله في المدونة في السلم الأول.

ص: وبغير جنسه إن جاز بيعه قبل قبضه ش:/ تقدم الكلام عليه.

543

الحديث ....

[1464] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص542 ويحيى143 وسيد62.

[1465] *– في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من يحيى143 وسيد62.

[1466] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص542 ويحيى143 وسيد62.

[1467] – في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص542 ويحيى143 وسيد62.

نص خليل وَجَازَ بَعْدَ أَجَلِهِ الزِّيَادَةُ لِيَزِيدَهُ طُولاً كَقَبْلَهُ إِنْ عَجَّلَ دَرَاهِمَهُ وَغَزْلٍ يَنْسِجُهُ لاَ أَعْرَضَ أَوْ أَصْفَقَ.

متن الحطاب **تنبيه:** ذكر ابن الحاجب وابن رشد وغيرهم في قضاء المسلم فيه بغير جنسه قبل الأجل هل يشترط أن يكون مضى [من[1468]] الأجل قبله ما يكون أجلا في السلم قولين من غير ترجيح، وهل يشترط أن يكون بقي لأجل السلم قدر ذلك؟. والله أعلم.

ص: **وجاز بعد أجله الزيادة ليزيده طولا** ش: يعني أن من أسلم في ثوب على طول معين فلما حل الأجل زاده دراهم على أن أعطاه ثوبا أطول منه فإن ذلك جائز بشرط تعجيل الثوب المأخوذ. قال في السلم الثاني من المدونة: وإن أسلمت إلى رجل في ثوب موصوف فزدته بعد الأجل دراهم على أن يعطيك ثوبا أطول منه من صنفه أو من غير صنفه جاز إذا تعجلت ذلك. اهـ. قال في التوضيح بعد ذكره كلام المدونة: هذا [إذا[1469]] تعجله، وأما [إذا[1470]] لم يتعجله فلا يجوز؛ لأنه بيع للزيادة وسلف لتأخير الثوب الأول. اهـ. وقال ابن يونس: كأنك أعطيت في الثوب المأخوذ الدراهم التي [زدتها[1471]] والثوب [الذي[1472]] أسلمت فيه، وإن تأخر ذلك كان بيعا وسلفا تأخيره لما عليه سلف والزيادة بيع، ولو أعطاه من غير مؤخر كان الدين بالدين. اهـ. وظاهر كلام المصنف أنه يزيده دراهم على أن يزيده في [طول[1473]] [الثوب بأن[1474]] يزيد في نسجه وهذا غير مراد؛ لقوله في المدونة: إذا تعجلت ذلك [فإنما يجوز[1475]] إذا عجل له الثوب المأخوذ.

ص: **كقبله إن عجل دراهمه وغزل ينسجه لا أعرض ولا أصفق** ش: قال في المدونة: وإن أسلمت إلى رجل في ثياب موصوفة/ فزدته قبل الأجل دراهم نقدا على أن يزيدك في طولها جاز؛ لأنهما صفقتان، ولو كانت صفقة واحدة ما جاز. اهـ. وقال أبو الحسن: وأما إن زاده الدراهم قبل الأجل على أن يعطيه ثوبا أطول منه من صنفه فعند ابن القاسم ذلك جائز وهما صفقتان. قال: ولو كانت صفقة واحدة ما جاز -يريد- أو اشترط عليه في أصل العقد أني أزيدك دراهم بعد مدة على أن تعطيني ثوبا أطول لم يجز. قال: ولو زاده قبل الأجل على أن يعطيه ثوبا أصفق أو أرق لم يجز، بخلاف إذا لم يخرجه عن [الصفة؛[1476]] لأنه في إخراجه إياه عن [الصفة[1477]] يدخله فسخ الدين في

544

الحديث

....

[1468] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص543 ويحيى143 وسيد62.

[1469] - في المطبوع إما (ويحيى143 هذا أي وإما أن) (وسيد62 أي وإن لم يعجله فلا يجوز لأنه بيع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص543.

[1470] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص543 ويحيى143 وسيد62.

[1471] - في المطبوع رددتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص543 ويحيى143 وسيد62.

[1472] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص543 ويحيى143 وسيد62.

[1473] *- في المطبوع طي وما بين المعقوفين من يحيى143 وسيد62.

[1474] - في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص543 ويحيى143 وسيد62.

[1475] - في المطبوع فلا يجوز وضبب عليها محمد عالي وصوبها الشيخ محمد سالم بما بين المعقوفين وهو الذي في يحيى143 وسيد62.

[1476] - في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص544 ويحيى143 وسيد62.

[1477] - في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص544 ويحيى143 وسيد62.

نص خليل وَلاَ يَلْزَمُ دَفْعُهُ بِغَيْرِ مَحَلِّهِ وَلَوْ خَفَّ حَمْلُهُ.

متن الحطاب الدين، وإذا لم يخرجه عن [الصفة[1478]] وإنما زاده في الطول فإنما هي صفقة ثانية عند ابن القاسم كما ذكر؛ لأن الأذرع المشترطة قد بقيت على حالها، والذي استأنفوه صفقة أخرى، ورآه سحنون غير جائز، وهو فسخ الدين في الدين. اهـ. فكأنه يقول إذا زاده دراهم على أن زاده في الطول فكان الثوب الأول باق على حاله، وزاده تلك الدراهم على أن زاده أذرعا أخرى فهو صفقة ثانية، وأما إذا زاده قبل الأجل على أن يعطيه أعرض أو أصفق فلا بد من تبديل ذلك الثوب المسلم فيه أو لا [بما شرطاه؛[1479]] لأن العرض لا يزاد وكذا الصفاقة.

قال في التوضيح: ولتحقق أنهما صفقتان شرطوا أن يبقى للأجل مثل أجل السلم فأكثر، ولزم تعجيل الدراهم [المزيدة.[1480]] اهـ بالمعنى. قال ابن يونس: ولو زاده على أن أعطاه خلاف [الصفة[1481]] لم يجز، ويدخله فسخ الدين في الدين؛ لأنه نقله عما أسلم فيه. اهـ. وكلام التوضيح يوهم أنه أجاز في المدونة أن يزيده دراهم قبل الأجل على أن يعطيه ثوبا من خلاف [صفته[1482]] وليس كذلك إنما قال ذلك في المدونة بعد الأجل.

قال في المدونة: فإن قيل لم منع التأخير بعده لعلة البيع والسلف وأجاز ذلك قبل الأجل ولم يعجل له ثوبا مؤجلا ودراهم نقدا بثوب مؤجل أطول منه فيكون دينا بدين كما قال سحنون؟ قيل الفرق عنده أنه قبل الأجل لم يكن للمسلم تعجيل الثوب حتى يعد تأخيره سلفا، وأما بعد فقد ملك تعجيله فيكون تأخيره به سلفا والزيادة بيع فيدخله البيع والسلف. اهـ. وعلم من هذا شرح قول المصنف: "لا أعرض وأصفق" وأما قوله: "وغزل ينسجه" فإشارة لما ذكره ابن القاسم في المدونة على جهة الاستدلال لإجازته الزيادة في طول الثوب المسلم فيه قبل الأجل، وأن ذلك صفقتان فإنه قال إثر الكلام المتقدم: كما لو دفعت إليه غزلا ينسجه ثوبا ستة في ثلاثة ثم زدته دراهم وغزلا على أن يزيدك في طول أو عرض فلا بأس به وهما خفيفتان، وهذه إجارة والإجارة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيع. اهـ. فمسألة الغزل الذي ينسجه [ليست[1483]] من مسائل السلم وإنما هي من مسائل الإجارة، ولذا جاز فيها أن يزيده غزلا ودراهم على أن يزيده في العرض؛ لأنه لا يدخله هنا فسخ الدين في الدين؛ لأنه إنما يزيده من غزله، ولكن الزيادة في العرض إنما تمكن إذا كان ذلك قبل أن ينسج له شيئا. والله أعلم.

ص: **ولا يلزمه دفعه بغير محله ولو خف حمله** ش: يعني ولا يلزم المسلم إليه دفع المسلم فيه بغير محله ولو خف حمله إلى المسلم إذا طلبه، ويريد إلا العين، وعكس هذا إذا طلب المسلم إليه أن يدفع المسلم فيه إلى المسلم وهو كذلك، وهنا في غير العين. قال ابن رشد في أواخر السلم الأول من التنبيه: وإذا لقي المسلم المسلم إليه في غير البلد الذي اشترط فيه القضاء فإن كان عينا وجب على كل

الحديث

[1478] – في المطبوع الصفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص544 ويحيى143 وسيد62.

[1479] *– في المطبوع لا يشترطاه وما بين المعقوفين من يحيى143 وسيد62.

[1480] – في المطبوع المزادة وكتب عليها عدود علها المزيدة وعلق عليها الشيخ محمد سالم ب وهو مقتضى العربية.

[1481] – في المطبوع الصفقة وسيد62 وما بين المعقوفين من ن عدود ص544 ويحيى143.

[1482] – في المطبوع صفقته (وفي يحيى143 وسيد62 صنفه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص544.

[1483] *– في المطبوع ليس وما بين المعقوفين من يحيى143 وسيد62.

نص خليل ....

متن الحطاب واحد منهما الرضا بالأخذ إذا طلبه الآخر، فإن كان عروضا لها حمل ومؤنة لم يجبر كل واحد منهما بالقضاء إلا بالتراضي، فإن كان عروضا لا حمل لها كالجواهر مثلا فهل تكون كالعين أو كالنوع الآخر؟ فيه قولان، وهما خلاف في حال، فإن كان الأمن في الطريق فلا شك في كونها كالعين، أو كان غيره فلا شك في كونها كالعرض، وينبغي أيضا أن يكون كالعروض مع الخوف. اهـ. ونقله ابن عرفة عنه، فلو ظفر به في غيره وكان في الحمل مؤنة لم يلزمه/ القضاء على ما تقدم وطلب المشتري من البائع أن يدفع له المسلم فيه فإن كان له حمل ومؤنة لم يلزم البائع ما طلبه به المشتري، وإن لم يكن له حمل فقولان والمشهور أنه مثل الأول. اهـ. وقال في التوضيح: فإن ظفر من عليه الدين بالطالب وأراد المديان التعجيل فامتنع الطالب، ويحتمل عكسه، فعلى الأول فقال ابن بشير وغيره: المسألة على ثلاثة أقسام إن كان الدين عينا وجب القبول.

545

قال في أنواره: إلا أن يتفق أن للطالب فائدة في التأخير؛ كما لو حصل في الزمن خوف أو فيما بين البلدين، وإن كان الدين عروضا لها حمل أو طعاما فلا يجبر على قبوله، وإن لم يكن لها حمل كالجواهر فقولان، والمشهور أنها كالعرض، وقيل كالعين، وهو خلاف في شهادة، فإن كان الأمن في الطريق فكالعين، وإلا فلا. قال: وهذا إذا كان من البيع، وأما القرض فيجبر على قبوله مطلقا، وعلى الثاني معنى الاحتمال الثاني في كلام ابن الحاجب فنص محمد وغيره على أنه ليس للطالب جبر المطلوب مطلقا. اللخمي: ولأشهب عن محمد ما يفهم منه إذا كان سعر البلدين سواء، أو هو في البلد الذي لقيه فيه أرخص أنه يجبر المسلم إليه على القضاء في البلد الذي لقيه فيه. اهـ.

تنبيهات: الأول: المراد بقول المؤلف: "محله" أي المحل الذي شرطه المسلم والمسلم إليه لقبض المسلم فيه، فإن لم يشترطا [موضعا فموضع[1484]] العقد كما أشار إليه ابن عبد السلام.

الثاني: أطلق المصنف في المختصر في قوله: "ولم يلزم دفعه" وكذا أطلق في التوضيح فيما نقله في قوله: فنص محمد وغيره على أنه ليس للطالب جبر المطلوب مطلقا. وقد تقدم كلام ابن بشير أنه يلزمه دفع العين، وأن ابن عرفة نقله وقبله، وهو كذلك في غيرهما، فيقيد كلام المؤلف في المختصر وفي التوضيح. والله أعلم.

الثالث: تقدم فيما نقله في التوضيح عن أنوار ابن بشير أنه إذا أراد المديان التعجيل وامتنع الطالب أنه يجبر على أخذه مطلقا، وهذا كما ترى ليس بظاهر فإنه مخالف لقول الشيخ في آخر فصل القرض: "ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة كأخذه بغير محله إلا العين" .اهـ. ولقول ابن الجلاب: ومن أقرض رجلا شيئا إلى أجل فليس له مطالبته به قبل الأجل، ولو رده إليه المقرض قبل أجله لزمه قبوله، عرضا كان أو عينا إذا رده إليه في المكان الذي اقترضه منه فيه، [وإن[1485]] رده في غير الموضع الذي أخذه فيه لم يلزم ربه قبوله. اهـ. ونحوه في الإرشاد، وعكسه في القرض؛ أعني إذا

الحديث ....

[1484] - في المطبوع فهو بموضع وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

[1485] - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

نص خليل **فصل يَجُوزُ قَرْضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ فَقَطْ إلاَّ جَارِيَةً تَحِلُّ لِلْمُسْتَقْرِضِ وَرُدَّتْ إلاَّ أنْ تَفُوتَ عِنْدَهُ بِمُفَوِّتِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَالْقِيمَةُ كَفَاسِدِهِ.**

متن الحطاب طلب المقرض حقه من المقرض في غير محل السلف. قال في الجلاب: ومن اقترض قرضا [و[1486]]لم يشترط للقضاء موضعا فإنه يلزم [المقترض[1487]] القضاء في الموضع الذي أقرضه فيه، [فإن لقيه في غير ذلك الموضع[1488]] فطالبه بالقضاء لم يلزمه ذلك، ويلزمه أن يوكل من يقضيه عنه في البلد الذي اقترضه منه، ولو اصطلحا على القضاء في البلد الذي هما فيه وهو غير البلد الذي تقارضا فيه كان ذلك جائزا إذا كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلوله لم يجز. اهـ . وأجاز في الجلاب هذا مطلقا، وأبقاه التلمساني والقرافي على إطلاقه، وهو مقيد بغير العين، وأما العين فله أخذه به [حيثما[1489]] لقيه بعد الأجل. قاله في كتاب الآجال من المدونة وغيرها، والله أعلم.

ص: **فصل يجوز قرض ما يسلم فيه فقط** ش: مراده بالجواز هنا أصل معناه الشامل للندب والوجوب لأن القرض مندوب إليه؛ إذ قد ورد فيه أحاديث كثيرة، ولو قال جاز وندب قرض ما يسلم فيه لكان [أتم. قال[1490]] ابن عرفة: وحكمه من [حيث[1491]] ذاته الندب، وقد يعرض ما يوجبه أو كراهيته أو حرمته، وإباحته تعسر. اهـ. وهذا نحو ما يأتي في فصل المقاصة؛ أعني قولهم تجوز المقاصة. قال ابن عرفة في [بيوع[1492]] الآجال: وهي جائزة فيجب تفسيره بالجواز الأعم من الوجوب لا [بقسيمه،[1493]] وإلا كان خلاف المشهور كالإمكان؛ إذ هو أعم من الواجب، ومن نحو هذا [يقال[1494]] يقع في المدونة ما هو من القواعد العقلية [للمشاركة[1495]] في علومها أو فطرة سنية. اهـ

546 ص: **إلا جارية تحل** [للمستقرض[1496]] ش:/ استثنى من ذلك مسألة ذكرها ابن يونس في كتاب الوكالات، ونقلها الشيخ أبو الحسن أيضا في شرح قوله في المدونة: ولا بأس أن تأمره يبتاع لك عبد فلان [بطعامه هذا وتبره[1497]] هذا وذلك قرض وعليك المثل فيهما. قال بعض شيوخنا أو [بجاريته[1498]] هذه ويكون عليك مثلها، ولا يتأتى فيه عارية الفروج؛ [لأنها[1499]] لا تصل

الحديث ....

1486 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1487 - في المطبوع المقرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1488 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1489 - في المطبوع حين ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1490 - في المطبوع ثم وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1491 - في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1492 *- في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من يحيى144 وسيد62.

1493 - في المطبوع بقسميه وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1494 *- في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من يحيى144 وسيد62.

1495 *- في المطبوع المشاركة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى143 وسيد62.

1496 - في المطبوع للمقرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص545 ويحيى144 وسيد62.

1497 - في المطبوع بطعامك هذا وتريه وما بين المعقوفين من ن عدود ص546 ويحيى144 وسيد62.

1498 - في المطبوع بجاريتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص546 ويحيى144 وسيد62.

الحديث ....

نص خليل وَحَرُمَ هَدِيَّتُهُ إن لَمْ يَتَقَدَّمْ مِثْلُهَا أَوْ يَحْدُثْ مُوجِبٌ كَرَبِّ الْقِرَاضِ وَعَامِلِهِ وَلَوْ بَعْدَ شَغْلِ الْمَالِ عَلَى الأَرْجَحِ وَذِي الْجَاهِ وَالْقَاضِي وَمُبَايَعَتُهُ مُسَامَحَةً أَوْ جَرُّ مَنْفَعَةٍ كَشَرْطِ عَفِنٍ بِسَالِمٍ وَدَقِيقٍ أَوْ كَعْكٍ بِبَلَدٍ أَوْ خُبْزِ فُرْنٍ بِمَلَّةٍ أَوْ عَيْنٍ عَظُمَ حَمْلُهَا.

متن الحطاب للمستقرض. قال أبو الحسن: وربما ألقيت فيقال أين يجوز قرض الجارية من غير المحرم منها فيقال في مثل هذه الصورة أو تقضى عنه في الدين. اهـ. وخرج بقوله: "تحل للمستقرض" من كانت لا تحل له إما لمحرمية بينهما أو لغيرها، ويلحق بذلك الصغير يقترض له وليه، والجارية الصغيرة التي لا تشتهى تحل أن تستقرض، ويجوز للنساء أن يقترضن الجواري. قاله ابن الحاجب وغيره. والله أعلم.

ص: وحرم هديته ش: قال ابن رشد في رسم طلق [ابن[1500]] حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الماشية: لا يحل لمن عليه [دين من بيع أو سلف أن يهدي لمن له عليه[1501]] الدين هدية، ولا أن يطعمه طعاما رجاء أن يؤخره بدينه ولا يحل لمن [له[1502]] عليه الدين أن يقبل ذلك منه إذا علم ذلك من غرضه، وجائز لمن عليه الدين أن يفعل ذلك إذا لم يقصد ذلك ولا رآه وصحت نيته فيه كما كان يفعل. ابن شهاب: ويكره لذي الدين أن يقبل ذلك منه وإن تحقق صحة نيته في ذلك إذا كان ممن يقتدى به؛ لئلا يكون ذريعة لاستجازة ذلك حيث لا يجوز. اهـ.

547 ص: أو جر منفعة ش: يريد أن السلف إذا جر منفعة لغير المقترض فإنه لا يجوز،/ سواء جر نفعا للمقرض أو غيره. قال في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال [في رجل[1503]] له على رجل عشرة دنانير حل أجلها فيعسر بها فيقول له رجل أخره بالعشرة وأنا أسلفك عشرة دنانير: قال مالك: إن كان الذي يعطي يكون له على الذي له الحق فلا خير فيه، وإن كان قضاء عن الذي عليه الحق سلفا له فلا بأس به. قال ابن رشد: هذا بين على ما قال أن ذلك لا يجوز إذا لم يكن ذلك قضاء [عن[1504]] الذي عليه سلفا منه له؛ لأنه أسلف الذي له الحق لغرض له في منفعة الذي عليه الحق، فهو سلف جر نفعا؛ إذ لا يحل السلف إلا [أن يريد[1505]] به [المسلف[1506]] منفعة الذي أسلفه خالصا لوجه الله خاصة لا لنفسه ولا لمنفعة من سواه. وبالله التوفيق.

فرع: قال في الذخيرة: قال سند: ومنع ابن القاسم أن يقول الرجل للرجل أقرضك هذه الحنطة على أن تعطيني مثلها وإن كان القرض يقتضي إعطاء المثل لإظهار صورة المكايسة. قال أشهب: إن قصد

1499 - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص546 ويحيى144 وسيد62.

1500 *- في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1501 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص546 ويحيى144 وسيد62.

1502 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص546 ويحيى144 وسيد62.

1503 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص547 ويحيى144 وسيد62.

1504 *- في المطبوع من وما بين المعقوفين من يحيى144 وسيد62.

1505 - في المطبوع إلى مريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص547 ويحيى144 وسيد62.

1506 - في المطبوع السلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص547 ويحيى144 وسيد62.

نص خليل كَسَفْتَجَةٍ إِلاَّ أَنْ يَعُمَّ الْخَوْفُ وَكَعَيْنٍ كُرِهَتْ إِقَامَتُهَا إِلاَّ أَنْ يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَصْدَ نَفْعُ الْمُقْتَرِضِ فَقَطْ فِي الْجَمِيعِ كَفَدَّانٍ مُسْتَحْصِدٍ خَفَّتْ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ يَحْصُدُهُ وَيَدْرُسُهُ وَيَرُدُّ مَكِيلَتَهُ وَمُلِكَ وَلَمْ يَلْزَمْ رَدُّهُ إِلاَّ بِشَرْطٍ أَوْ عَادَةٍ كَأَخْذِهِ بِغَيْرِ مَحَلِّهِ إِلاَّ الْعَيْنَ.

متن الحطاب بالمثل عدم الزيادة فغير مكروه، وكذلك إن لم يقصد شيئا فإن قصد المكايسة كره، ولا يفسد العقد لعدم النفع للمقرض. اهـ.

548 ص: **كسفتجة**ش: قال في/ التوضيح: يقال السفاتج [والسفتجات[1507]] على جمع السلامة وواحده سفتجة [بفتح[1508]] السين المهملة وسكون الفاء وفتح التاء المثناة من فوق وبالجيم وهي: كتاب صاحب المال لوكيله في بلد آخر ليدفع لحامله بدل ما قبضه منه. اهـ. ونحوه في تهذيب الأسماء للنووي، وزاد وهي لفظة أعجمية. اهـ. وقال في القاموس: السفتجة [كقرطقة[1509]] يعني بضم السين أن يعطي مالا لآخر، وللآخر مال في بلد المعطى فيوفيه إياها ثم يستفيد أمن الطريق وفعله السفتجة بالفتح. اهـ. والسفاتج بكسر التاء على وزن فعالل، والظاهر أنه لا يجوز ضم التاء؛ لأنه ليس في صيغ الجمع فعالل بضم اللام.

ص: **كفدان مستحصد**ش: أي بلغ الحصاد فهو من باب تسمية الشيء بما قرب منه.

ص: **ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة كأخذه بغير محله إلا العين**ش: تصوره ظاهر.

فروع: الأول: قال في المسائل الملقوطة: وإذا وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك؛ لأنه إسقاط لازم للحق، سواء قلت له أؤخرك أو أخرتك. اهـ.

الثاني: قال ابن ناجي في شرح قوله في الرسالة: ["إلا[1510]] أن يقرضه قرضا شيئا في مثله صفة ومقدارا": يقوم من كلام الشيخ افتقار القرض لأن يكون بلفظ وفيه قولان، ويؤخذ منه جواز اشتراط ما يوجبه الحكم من قوله: "في مثله صفة ومقدارا" لأن الصفة والمقدار يوجبهما الحكم وإن لم يقع [العقد[1511]] عليهما في القرض، واختلف في فساد العقد به إن وقع وشرط على ثلاثة أقوال؛ ثالثها يمتنع في الطعام فإن وقع فسخ. اهـ.

549 **الثالث**: قال ابن عرفة:/ وللمقرض رد عين القرض ما لم يتغير وبه اتضح [تعليل[1512]] منعه في الإماء بأنه عارية الفروج، فإن تغير بنقص فواضح عدم القضاء بقبوله، ولو تغير بزيادة فالأظهر وجوب القضاء بقبوله قبل أجله وهو عرض؛ لانتفاء المنة عن المقرض فيهما لتقدم معروفه عليه بالقرض ووجوب قضائه بمحل قبضه وهو غير عين، ويجوز بغيره تراضيا. [الجلاب: [1513]] إن حل أجله وإلا فلا. ابن

الحديث ....

[1507] – في المطبوع والسفتجاة وما بين المعقوفين من ن عدود ص548 ويحيى144 وسيد62.

[1508] – في المطبوع بكسر وما بين المعقوفين من ن عدود ص548 ويحيى144 وسيد62.

[1509] – في المطبوع كقرطعة وما بين المعقوفين من تاج العروس ج3 ص403.

[1510] – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص548 ويحيى144 وسيد62.

[1511] – في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص548 ويحيى145 وسيد62.

[1512] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص549 ويحيى145 وسيد62.

[1513] *– في المطبوع الخلاف وما بين المعقوفين من يحيى145 وسيد62.

نص خليل

فصل تَجُوزُ الْمُقَاصَّةُ فِي دَيْنَي الْعَيْنِ مُطْلَقًا إن اتَّحَدَا قَدْرًا وَصِفَةً حَلاًّ أَوْ أَحَدُهُمَا أَمْ لاَ.

متن الحطاب

عتاب عن المشاور: من أقرض طعاما ببلد فخرب وانجلى أهله وأيس من عمارته [إلا[1514]] بعد طول فله أخذ قيمته في موضع السلف، وإن رجى قرب عمارته تربص إليها، وإن كان من سلم خير في الإياس بين تربصه أو أخذ ماله.

قلت: الأظهر إن لم ترج عمارته عن قرب القضاء بالدفع في أقرب موضع عمارة لمحل القرض. انتهى.

الرابع: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "وكذلك له أن يعجل الطعام من قرض لا من بيع" اختلف المذهب إذا أراد المديان دفع بعض ما عليه وهو موسر هل يجبر رب المال على قبضه أم لا؟ فروى محمد في رواية أبي زيد أنه يجبر، وقال ابن القاسم في رواية محمد لا يجبر، وأما المعسر فيجبر اتفاقا. اهـ . وعزا الجزولي القول الأول لمالك وعطف الثاني بقيل، واقتصر الشيخ يوسف بن عمر على الثاني، وفي كتاب المديان من ابن يونس ابن المواز: قال مالك: ومن كان له على رجل حق فجاءه ببعضه فقال لا أقبل إلا كله، فأرى أن يجبر على أخذ ما جاء به. قال ابن [القاسم:[1515]] إن كان الغريم موسرا لم يجبر رب الحق على أخذ ما جاء به. اهـ . وانظر رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف فإنه ذكر المسألة، وانظر هل هو إذا جاء به قبل الأجل أو بعده أو مطلقا؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: **فصل تجوز المقاصة في ديني العين مطلقا** ش: قال في الصحاح: تقاص القوم إذا قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره. اهـ. وقال ابن عرفة: المقاصة متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما، ولا ينتقض طرده بمتاركة متقاذفين حديهما أو طلبيهما على شرط ثبوت الحد بالحكم به ولا بمتاركة متجارحين جرحين متساويين؛ لأن المتماثلين عرفا لا لغة ما صح قيام أحدهما مقام الآخر، وهذا لا يصدق على حد القذف ولا طلبهما ولا على الجرحين للإجماع على أن أحدهما لا يصح بدل الآخر بحال وإلا زيد في الرسم ماليا، وقولنا ما عليه خير من لفظ الدين لتدخل المقاصة فيما حل من كتابة ونفقة الزوجة. اهـ .

وأما حكمها فقال ابن عرفة إثر الكلام المتقدم عن ابن رشد في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب النذور: ومشهور المذهب وجوب الحكم بالمقاصة، وروى زياد لا يحكم بها، ومثله في كتاب الصرف خلاف ما في النكاح الثاني والسلم الثاني منها، وعلى المشهور لو اشترى على أن لا مقاصة ففي لغو الشرط وإعماله سماع القرينين، وقال ابن كنانة مع ابن القاسم في المدونة: وتأول ما في الصرف عنه؛ لأن كون [الصرف[1516]] على المناجزة كشرط تركها. وتعليله يرد هذا التأويل، وقيل يفسد البيع بشرط تركها إن كان الدين حالا فيدخله البيع والسلف. روي هذا عن ابن القاسم، وقال أصبغ هو حقيق أن تضرب للدين أجلا، ولم يشترط إلا أن لا يقبضه ذلك اليوم. اهـ. والفرع الأول في التوضيح وبهرام. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في أول المقاصة: "جاز اتفاقا": والجواز هنا بمعنى

الحديث

....

[1514] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص549 ويحيى145 وسيد62.

[1515] – في المطبوع يونس وما بين المعقوفين من ن عدود ص549 وسيد62.

[1516] – في المطبوع الشرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص549 ويحيى145 وسيد63.

نص خليل

وَإن اخْتَلَفَا صِفَةً مَّعَ اتِّحَادِ النَّوْعِ أو اخْتِلاَفِهِ فَكَذَلِكَ إنْ حَلاً وَإلاً فَلاَ كَأن اخْتَلَفَا زِنَةً مِنْ بَيْعِ وَالطَّعَامَانِ مِنْ قَرْضٍ كَذَلِكَ وَمُنِعَا مِن بَيْعٍ وَلَوْ مُتَّفِقَيْنِ وَمِن بَيْعٍ وَقَرْضٍ تَجُوزُ إنْ اتَّفَقَا وَحَلاً لاَ إن لَّمْ يَحِلاً أوْ أحَدُهُمَا وَتَجُوزُ فِي الْعَرْضَيْنِ مُطْلَقًا إن اتَّحَدَا جِنْسًا وَصِفَةً كَأن اخْتَلَفَا جِنْسًا وَاتَّفَقَا أجَلاً وَإن اخْتَلَفَا أجَلاً مُنِعَتْ إن لَّمْ يَحِلاً أوْ أحَدُهُمَا وَإن اتَّحَدَا جِنْسًا وَالصِّفَة مُتَّفِقَة أوْ مُخْتَلِفَة جَازَتْ إن اتَّفَقَ الأجَلُ وَإلاً فَلاَ مُطْلَقًا.

متن الحطاب

الإذن، وقد اختلف هل يجب أن يعمل على قول من دعا منهما إليها وهو المشهور، أو القول لمن دعا منهما إلى عدمها رواه زياد عن مالك، وأخذ من المدونة في الصرف والسلم الثاني والنكاح الثاني القولان. اهـ. وقال بهرام في شرح قول المختصر: "تجوز المقاصة" والجواز هنا بمعنى الإذن في الإقدام على [هذا[1517]] المعنى باعتبار حق الله تعالى، وهل يجب أن يعمل فيها في حق الآدمي حتى يكون القول قول من دعا إليها وهو المشهور، أو قول من دعا إلى/ عدمها، وهو رواية زياد عن مالك؟ اهـ. 550

وقوله: "في ديني العين" اعلم أن المصنف قسم الدين على ثلاثة أقسام: إما أن يكون عينا أو طعاما أو عرضا، فإن اختلف الدينان قال ابن بشير كعروض في ذمة وعين في ذمة أخرى، أو عرض وطعام، أو عين وطعام جازت المقاصة على الإطلاق، حل الدينان أم لم يحلا، اتفقت آجالهما أم اختلفت. اهـ.

وقوله: "مطلقا" أي سواء كانا من بيع أو من قرض، أو أحدهما من قرض والآخر من بيع.

ص: وإن اختلفا صفة مع اتحاد النوع ش: كمحمدية ويزيدية.

ص: أو اختلافه ش: كذهب وفضة.

ص: كان اختلفا زنة ش: سواء اتفقا في الصفة أو اختلفا كما صرح به ابن بشير.

ص: من بيع ش: قال الشارح: احترازا مما إذا كانا من القرض أو أحدهما فالمقاصة جائزة وإن اختلفا في الوزن كما تقدم. اهـ. وقد تقدم أن الزيادة في القرض ممتنعة إلا اليسيرة كرجحان ميزان، وقال ابن عرفة: ابن بشير والمازري والقرض فيما ذكر كالبيع، ويغتفر في القرض [كالزيادة[1518]] في الصفة لا الزيادة في العدد على المشهور، وفي الموازية إن اختلف العدد في القرض منع مطلقا. قال: وإن كان أحدهما من القرض والآخر من بيع جازت ما لم يكن الذي حل [أو[1519]] أولهما [حلولا[1520]] الأقل، وما لم يعد إلى المقرض أكثر. اهـ.

ص: ويجوز في العرضين مطلقا إن اتفقا جنسا وصفة ش: قال ابن بشير: فإن اتفقا في الجنس والصفة جازت المقاصة، اتفقت الآجال أو اختلفت حلا أم لم يحلا. اهـ.

ص: وإن اتحدا جنسا والصفة متفقة أو مختلفة جازت إن اتفق الأجل وإلا فلا مطلقا ش:

الحديث ....

[1517]- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص549 ويحيى145 وسيد63.

[1518] - في المطبوع فالزيادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص550 ويحيى145 (لزيادة) وسيد63.

[1519] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم بن عدود.

[1520] - في المطبوع حلول وما بين المعقوفين من ن عدود ص550 ويحيى145 وسيد63.

نص خليل ....

متن الحطاب هكذا يقع في بعض النسخ، وفيه نظر من وجوه: الأول قد قدم حكم ما إذا اتفق العرضان في صفة فلا حاجة إلى إعادته هنا.

الثاني: أن قوله: "وإلا فلا" يقتضي أنه إذا لم يتفق الأجلان لم تجز المقاصة، وإن اتفقا في الصفة والجنس وهو ما تقدم أنه إذا اتفقا في الجنس والصفة جازت المقاصة، اتفقا في الأجل أو اختلفا، حلا أو لم يحلا كما تقدم في كلام ابن بشير أيضا.

الثالث: كان ينبغي أن يقول إن اتفق الأجل [أو حلا[1521]] لأن حكم الحلول حكم اتفاق الأجل، وقد يقال سكت عن هذا الثالث لوضوحه وإن كان التنبيه [أولى[1522]].

الرابع: دخل في قوله: "وإلا فلا مطلقا" ما إذا كانا من قرض والحال منهما أو الأقرب حلولا أجود وهو جائز؛ إذ لا مانع فيه؛ لأنه إنما يمنع إذا كانا من بيع لأنه يدخله حط الضمان وأزيدك، ولا ضمان في القرض، وكذا إذا كان أحدهما من قرض والآخر من بيع وكان أقربهما حلولا هو البيع والأفضل جاز للعلة المذكورة، وقد صرح بذلك ابن بشير، وصرح في التوضيح بالجواز في الأول.

وقد سلم كلامه في الشامل من الاعتراضين الأولين، ونصه: وإن اتفقا جنسا دون صفة جاز إن حلا، وإلا فلا مطلقا. اهـ. ويقع في بعض نسخ المختصر كعبارة الشامل. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: إذا اتحدا في الجنس واختلفا في الصفة وحلا، أو اتفقا أجلا جازت المقاصة، سواء كانا من بيع أو قرض أو أحدهما من القرض والآخر من بيع كما صرح به ابن بشير. والله أعلم.

الثاني: جميع ما تقدم في مسألة العرضين المتفقين في الجنس إنما هو إذا اتفق عددهما فإن اختلف وهما من القرض لم يجز على المشهور من منع الزيادة في القرض، وإن كان من بيع وقد حل الأجلان فيجوز إن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع، فإن كان البيع أكثرهما لم تجز المقاصة؛ لأنه زيادة في القرض. والله أعلم.

الحديث ....

[1521] - في المطبوع وحل وما بين المعقوفين من ن عدود ص550 ويحيى145 وسيد63.

[1522] - في المطبوع على الأول وما بين المعقوفين من يحيى145.

نص خليل باب الرَّهْنُ بَذْلُ مَن لَّهُ الْبَيْعُ مَا يُبَاعُ أَوْ غَرَرًا وَلَوِ اشْتُرِطَ فِي الْعَقْدِ وَثِيقَةً بِحَقٍّ.

متن الحطاب ص: **باب الرهن بذل من له البيع ما يباع** ش: قال في التوضيح: الرهن لغة اللزوم والحبس، وكل شيء ملزوم فهو رهن؛ يقال هذا رهن لك أي محبوس لك، قال الله تعالى: ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ أي محبوسة، والراهن دافع الرهن، والمرتهن بكسر الهاء آخذ الرهن، وبفتحها الشيء المرهون، وقد يطلق على آخذه لأنه وضع عنده الرهن، ويجمع على رهان ورهون ورهن. قال الأخفش: ورهن قبيحة؛ لأنه لا يجمع فعل على فعل إلا قليلا، وذكر أنهم يقولون سقفا وسقفا. اهـ.

قلت: وقد قرأ ابن كثير وأبو عمرو ﴿فرهن﴾ بضم الراء، وقرأ السبعة غيرهما سقفا بضمتين، وجمع على فعل ألفاظ نحو لَحْدٌ ولُحُدٌ وقلب النخلة وقُلُبٍ. قال ابن يونس: الرهن والرهان عربيان، والرهن في جمع الرهن أكثر، والرهان في الخير أكثر، وقيل إن جمع الرهن رهان، وجمع رهان رهن فهو جمع الجمع، ويقال أرهنته ورهنته وارتهنته. حكى ذلك السمين، والرهن مصدر، وقد يطلق على الشيء المرهون، وحده المصنف بأنه بذل من له البيع ما يباع فقوله: "بذل من له البيع ما يباع" جنس يشمل البيع والصدقة وغير ذلك، وقوله: "بذل" مصدر بمعنى الإعطاء والدفع، ونبه به على أن الرهن لا يتم إلا بالإقباض والإذن فيه، ولو تولى المرتهن قبضه بنفسه لم يكن رهنا، بخلاف الصدقة والهبة؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بقوله: ﴿مقبوضة﴾ ولم يصف الهبة والصدقة بذلك، وقوله: "من له البيع" نبه به على أنه يشترط في الراهن ما يشترط في عاقد البيع فلا يصح من صغير لا يميز ولا من مجنون،

3 ويصح من المميز والسفيه، ويوقف على رضا وليه./ ويخرج من ذلك المريض إذا كان مدينا فإن مذهب ابن القاسم أنه يجوز بيعه ولا يجوز رهنه، ونقله في المقدمات والرجراجي، وسيأتي ذلك عند قول المصنف في أول باب التفليس: "لا بعضه ورهنه" ويأتي أيضا في كلام الوثائق المجموعة فتأمله. والله أعلم. ونبه بقوله: "ما يباع أو غررا" على أنه يشترط في المرهون ما [يشترط[1523]] في الشيء المبيع إلا أنه يغتفر فيه الغرر، فلا يصح رهن الخمر والخنزير والميتة، وقوله: "أو غررا" معطوف على ما في قوله: "ما يباع" ونبه به على أنه يجوز رهن الآبق والشارد إذا لم يقارن عقدة البيع بلا خلاف، وإن قارنها ففيه خلاف، والمشهور الجواز، وإليه أشار بقوله:

ص: **ولو اشترط في العقد** ش: ومنشأ الخلاف هل للرهن حصة من الثمن أم لا؟ وقوله:

ص: [**وثيقة بحق**[1524]] ش: فصل خرج به ما دفع لا على سبيل التوثق بل على سبيل الملك كالبيع [أو الانتفاع[1525]] كالمستأجر والمعار، وهو حال من ما، والباء في بحق للسببية، وهذا الحد قريب من قول ابن الحاجب: إعطاء امرئ وثيقة بحق، واعترضه ابن عرفة بأنه لا يتناول الرهن بحال لأنه اسم، والإعطاء مصدر وهما متباينان. اهـ. يعني أن الرهن وإن كان في الأصل مصدرا ولكن الأغلب في عرف الفقهاء إطلاقه على الشيء المرهون، فكان الأولى أن يقول معطى أو ما أشبهه، وحده ابن عرفة بأنه: مال [قبض[1526]] توثقا به في دين. قال: فتخرج الوديعة والمصنوع في يد صانعه، وقبض المجني عبدا

الحديث ....

[1523] – في المطبوع يشترطه وما بين المعقوفين من ذي ص3 وم1 والشيخ1 ويحيى1 وسيد1.

[1524] – وردت نصا في نسخة أهل أحمذي ص3 ويحيى1 والشيخ2.

[1525] *– في المطبوع والشيخ2 ويحيى1 والانتفاع وما بين المعقوفين من م1 وسيد1.

[1526] – في المطبوع قبضه وم1 ويحيى1 والشيخ2 وما بين المعقوفين من ن ذي ص3 وسيد1.

نص خليل

كَوَلِيٍّ وَمُكَاتَبٍ وَمَأْذُونٍ وَآبِقٍ وَكِتَابَةٍ وَاسْتُوفِي مِنْهَا أَوْ رَقَبَتِهِ إِنْ عَجَزَ وَخِدْمَةِ مُدَبَّرٍ وَإِنْ رُقَّ جُزْءٌ فَمِنْهُ لاَ رَقَبَتِهِ وَهَلْ يَنْتَقِلُ لِخِدْمَتِهِ قَوْلاَنِ كَظُهُورِ حُبُسِ دَارٍ.

متن الحطاب

جنى عليه. انتهى. ونقله ابر ...ي بلفظ: مال قبض توثقا به في دين، ولقائل أن يقول إن الرهن كما يطلق في عرف الفقهاء على الن... المرهون فكذلك أيضا يطلق على الرهن الذي هو المصدر، كما إذا قالوا يصح الرهن أو يبطل الرهن ... يصح رهن كذا أو لا يصح رهن كذا، فاستعمال الرهن بمعنى المصدر شائع في عرف الفقهاء، فلذلك عرفه ابن الحاجب والمصنف بهذا المعنى. فتأمله. والله أعلم.

ص: **كولي** ش: أبا كان أو وصيا. قال في المدونة: وللوصي أن يرهن مال اليتيم رهنا فيما يبتاع له من كسوة أو طعام، وليس للوصي أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهنا. اهـ. ثم قال: وإذا رهن الأب من متاع ابنه الصغير في دين عليه ولم يصدقه الولد لم يجز الرهن؛ لأنه لا يجوز له أخذ مال ولده لغير حاجة.

ص: **ومكاتب** ش: قيده في المدونة بما إذا أصاب وجه الرهن، ونقله في الكبير.

ص: [**وآبق**[1527]] ش: قال ابن الحاجب: ورهن الآبق والبعير الشارد إن قبض قبل موت صاحبه أو فلسه. قال في التوضيح: أي يجوز رهن الآبق والبعير الشارد، وقوله: "إن قبض قبل موت صاحبه أو فلسه" ليس بظاهر؛ لأن رهن الآبق والشارد صحيح وإن لم يقبضا قبل موت صاحبهما، وإنما القبض قبل موت صاحبهما شرط في صحة الاختصاص. اهـ. والظاهر ما قاله ابن الحاجب؛ لأن الرهن يبطل بالموت والفلس قبل قبضه، وقد نقله ابن عرفة عن الصقلي عن ابن المواز كذلك، وقال في النوادر في كتاب الرهون في ترجمة [ارتهان[1528]] العين: وما يكال أو يوزن، والمعروف لمالك أنه لا ترهن الأجنة، وقال أحمد بن ميسر ذلك جائز كما يرتهن العبد الآبق والبعير الشارد، ويصح ذلك بالقبض. اهـ. وسيأتي أنه لا يصح رهن الجنين.

تنبيه: سئلت عن رهن الدار الغائبة والشيء الغائب فأجبت أنه يصح، ويشترط في اختصاص المرتهن به أن يقبضه هو أو وكيله قبل موت الراهن أو فلسه وهو كالآبق والشارد، بل أحرى بالجواز، فإن مات الراهن أو فلس قبل قبض المرتهن أو وكيله بطل الرهن ولو جد فيه؛ لأن المصنف سيقول: "وبموت راهنه أو فلسه قبل حوزه ولو جد فيه" وأيضا فقد نص في المدونة أن من وهب دارا غائبة ومات قبل أن يحوزها الموهوب له بطلت الهبة ولو لم يفرط، مع أن المشهور في الهبة [أنه[1529]] إذا جد في طلبها لا تبطل، وقد فرق بينهما هنا في التوضيح بأن الرهن لما كان باقيا على/ ملك راهنه لم يكتف بالجد، بخلاف الموهوب فإنه خرج عن ملك واهبه. والله أعلم. وذكر في التوضيح وغيره أن رهن الدين يصح ولو على غائب، ويكفي في حوزه الإشهاد، والظاهر هنا الصحة أيضا. والله أعلم.

4

ص: **وخدمة مدبر** ش: أي وجاز رهن خدمة مدبر، سواء رهن منها مدة معلومة يجوز بيعها، أو رهن جميع خدمته، أما إن رهن منها مدة معلومة فإن ذلك جائز في عقد البيع وبعده، وأما إن رهن الجميع فيجوز بعد العقد، ويختلف فيه إذا كان في العقد على الخلاف في رهن الغرر في عقدة البيع،

الحديث ....

[1527] - في المطبوع ءابقا وما بين المعقوفين من ن ذي ص3.

[1528] *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في الشيخ2 وسيد1 ويحيى146.

[1529] *- ساقطة من المطبوع ويحيى1 وقد وردت في م2 وسيد1 والشيخ2.

نص خليل

وَمَا لَمْ يَبْدُ صَلاَحُهُ وَانْتُظِرَ لِيُبَاعَ وَحَاصَّ مُرْتَهِنُهُ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ فَإِذَا صَلُحَتْ بِيعَتْ فَإِنْ وَفَى رَدَّ مَا أَخَذَهُ وَإِلاَّ قُدِّرَ مُحَاصًّا بِمَا بَقِيَ لاَ كَأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ وَجِلْدِ مَيْتَةٍ وَكَجَنِينٍ وَخَمْرٍ وَإِن لِّذِمِّي إِلاَّ أَنْ تَتَخَلَّلَ وَإِنْ تَخَمَّرَ أَهْرَاقَهُ بِحَاكِمٍ وَصَحَّ مُشَاعٌ وَحِيزَ بِجَمِيعِهِ إِنْ بَقِيَ فِيهِ لِلرَّاهِنِ وَلاَ يَسْتَأْذِنُ شَرِيكَهُ وَلَهُ أَنْ يَقْسِمَ وَيَبِيعَ وَيُسَلِّمَ وَلَهُ اسْتِئْجَارُ جُزْءِ غَيْرِهِ وَيَقْبِضُهُ الْمُرْتَهِنُ لَهُ وَلَوْ أَمَّنَا شَرِيكًا فَرَهَنَ حِصَّتَهُ لِلْمُرْتَهِن وَأَمَّنَا الرَّاهِنَ الأَوَّلَ بَطَلَ حَوْزُهُمَا وَالْمُسْتَأْجَرُ وَالْمُسَاقَى وَحَوْزُهُمَا الأَوَّلُ كَافٍ وَالْمِثْلِيُّ وَلَوْ عَيْنًا بِيَدِهِ إِنْ طُبِعَ عَلَيْهِ.

متن الحطاب

والمشهور الجواز، واحترز بالخدمة من الرقبة، ورهن الرقبة على وجهين: الأول أن يرتهن رقبته على أنه إن مات الراهن ولا مال له بيع له المدبر فإن كان هذا الشرط في أصل العقد فإنه يجري على الخلاف في رهن الغرر، فإنه لا يدري متى يموت السيد، وإن لم يكن في أصل العقد جاز بلا خلاف، والثاني أن يرتهن الرقبة على [أن[1530]] تباع له قبل موت السيد فهذا لا يجوز، وإليه أشار بقوله: "لا رقبته"، ثم اختلف هل يعود الرهن إلى المنفعة أو لا؟ وإليه أشار بقوله: "وهل ينتقل لخدمته قولان"، وهذا كله من التوضيح.

ص: وما لم يبد صلاحه ش: يريد وقد خلقت الثمرة. المازري: وأما إذا لم تخلق فذلك كرهن الجنين.اهـ من التوضيح./ 5

ص: وانتظر ليباع ش: أي فإن حل أجل الدين، أو مات راهن الثمرة التي لم يبد صلاحها قبل أن يبدو صلاحها، ولم يكن له مال انتظر [بالثمرة[1531]] بدو الصلاح لتباع، وإنما انتظر بدو الصلاح لأن بيعها قبل ذلك لا يجوز، وهذا إذا لم يكن له مال غيرها، أما إن كان فإنه يؤخذ منه؛ لأن حق رب الدين في ذمة المديان. اهـ من التوضيح كله باللفظ إلا القليل. فظهر لك أن في كلام الشيخ حذفا تقديره، فإن حل أجل الدين أو مات الراهن ولا مال له انتظر ليباع، والظاهر أن حكم الفلس حكم الموت بدليل ما بعده. والله أعلم.

ص: والمستأجر والمساقى وحوزهما الأول كاف ش: هذا إذا كان المستأجر والمساقي هو المرتهن.

فرع: قال في الذخيرة: قال الطرطوشي: [رهن[1532]] المغصوب من غاصبه يسقط عنه ضمانه، وقاله أبو حنيفة وأحمد، وقال الشافعي لا يسقط عنه ضمان الغصب لنا القياس على ما إذا باعه منه أو وهبه منه، والجامع الإذن في الإمساك.

ص: والمثلي ولو عينا بيده إن طبع عليه ش: يعني أنه يصح رهن المثلي وإن كان عينا بشرط أن يطبع على ذلك المثلي، وظاهر قوله: "ولو عينا" أن العين فيها خلاف كما هي قاعدته، والخلاف إنما هو في غير [العين[1533]] إذا لم يطبع عليه، فأشهب يقول يصح رهنه، وابن القاسم يقول لا يصح، وأما العين [فاتفقا[1534]] على أنه لا يصح رهنها إلا مطبوعا عليها، فهذه طريقة المازري وابن الحاجب، وأما

الحديث

....

[1530] *- في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من يحيى1 والشيخ3 وم2.

[1531] - ساقطة من المطبوع وم2 وما بين المعقوفين من ن عدود ص5 ويحيى2 والشيخ3 وسيد1.

[1532] - في المطبوع راهن وما بين المعقوفين من ذي وعدود ص5 وم2 وسيد1 ويحيى2 والشيخ3.

[1533] - في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من يحيى2 وسيد1.

[1534] *- في المطبوع فاتفاقا وما بين المعقوفين من الشيخ4 وم2 ويحيى3.

نص خليل وَفَضْلَتُهُ إِنْ عَلِمَ الأَوَّلُ وَرَضِيَ وَلاَ يَضْمَنُهَا الأَوَّلُ كَتَرْكِ الْحِصَّةِ الْمُسْتَحَقَّةِ أَوْ رَهْنِ نِصْفِهِ وَمُعْطَى دِينَارًا لِيَسْتَوْفِيَ نِصْفَهُ وَيَرُدَّ نِصْفَهُ فَإِنْ حَلَّ أَجَلُ الثانِي أَوَّلاً.

متن الحطاب الباجي وابن يونس وابن شاس فلم ينقلوا عن أشهب إلا أن الطبع في [النقد[1535]] مستحب. قاله في التوضيح. والمشهور -وهو مذهب المدونة- أن المثليات كلها لا ترتهن إلا مطبوعا عليها. قال في رهونها: ولا ترهن الدنانير والدراهم والفلوس، وما لا يعرف بعينه من طعام أو إدام أو ما يكال أو يوزن إلا أن يطبع على ذلك؛ ليمنع المرتهن من النفع به ورد مثله، وأما الحلي فلا يطبع عليه حذر اللبس، كما لا

6 يفعل ذلك بسائر/ العروض، لأن ذلك يعرف بعينه. اهـ. ابن يونس: قال أشهب: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم إلا مطبوعة للتهمة في سلفها، فإن لم يطبع عليها لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها إن عثر على ذلك، وما بيد أمين فلا يطبع عليه، وما [أرى[1536]] ذلك عليه في الطعام والإدام وما لا يعرف بعينه وإن كانت تجري مجرى العين؛ لأنه لا يخاف في غير العين ما يخاف في العين. اهـ.

تنبيهات: الأول: لو قال المصنف والمثلي إن طبع عليه ولو غير عين لكان مشيرا لخلاف أشهب على طريقة ابن الحاجب، وأما على الطريقة الأخرى فالعين وغيرها سواء، فلا يتأتى في أحدهما إغياء. والله أعلم.

الثاني: محل الطبع إذا لم يوضع ذلك على يد أمين، أما إذا وضع تحت يد أمين فلا يحتاج إلى طبع كما تقدم في كلام ابن يونس، وقاله ابن الحاجب وغيره. والله أعلم.

الثالث: قال الشيخ أبو الحسن الصغير: والمراد بالطبع طبع لا يقدر على فكه في الغالب، وأما الطبع الذي لا يقدر على فكه أصلا فليس في قدرتهما، والطبع الذي يقدر على فكه كل أحد كلا طبع. اهـ.

الرابع: قال الشيخ أبو الحسن أيضا: انظر لو قامت الغرماء على الراهن قبل أن يطبع على الرهن ففي بعض الحواشي يكون المرتهن أسوة الغرماء. [الشيخ:[1537]] وليس هذا ببين؛ لأن هذا رهن [محوز[1538]] فيكون المرتهن أولى به. اهـ.

ص: وفضلته إن علم الأول ورضي ش: قال ابن سلمون: وإذا كان في الرهن فضل على العدد الواقع فيه فهو رهن معه، وجائز أن يزيد دينا آخر ويكون رهنا بها إلى أجل دين الرهن، ولا يجوز إلى أبعد منه ولا إلى دونه، ولا يجوز أن يرهن فضلة الرهن من غيره بغير علمه ورضاه على المشهور. اهـ. ومعنى الفضلة أن الرهن قيمته أكثر من الدين، فيرهنه عند آخر على أن الأول يستوفي منه دينه وفضلة ثمنه للثاني. قال في المدونة: وإن ارتهنت ثوبا قيمته مائة دينار في خمسين ثم رهن رب الدين فضلته لغيرك لم يجز، إلا أن يكون ذلك بإذنك فيجوز، [وتكون[1539]] [حائزا[1540]] للثاني، فإن هلك الثوب بيدك بعد

الحديث ....

1535 – في المطبوع النقل وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص5 وم2 ويحيى2 والشيخ3 وسيد1.
1536 – في المطبوع أدرى وما بين المعقوفين من ن ذي ص6 وم2 ويحيى2 والشيخ3 وسيد1.
1537 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص6 ويحيى2 والشيخ3 وسيد2.
1538 – في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من ن عدود ص6 ويحيى2 والشيخ3 وسيد1.
1539 *– في المطبوع ويكون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ4 وم2 ويحيى2 وسيد1.
1540 *– في المطبوع جائزا وما بين المعقوفين من الشيخ4 ويحيى3 وم2.

نص خليل ....

متن الحطاب ما ارتهن الثاني فضلته ضمنت منه مبلغ دينك، وكنت في الثاني أمينا، [ويرجع[1541]] المرتهن الثاني بدينه؛ لأن فضلة الرهن على يد عدل.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: إنما يشترط رضا الأول إذا كان الرهن على يده. قال في البيان: وأما إذا كان موضوعا على يد عدل فالاعتبار إنما هو بعلمه دون علم المرتهن. اهـ. أي علم العدل.

الثاني: وهذا إذا رهنه الثوب جميعه أوّلاً، وأما لو رهن نصف العبد أو ربعه ثم رهن النصف الثاني لآخر فلا إشكال في ذلك. قال الرجراجي: ارتهان فضلة الرهن لا تخلو تلك الفضلة من أن تكون فضلة في عين الرهن، أو تكون فضلة في قيمة الرهن، ومعنى الوجه الأول أن يرهنه نصف الثوب في عشرة دنانير والنصف الآخر [غير[1542]] مرتهن فقبض المرتهن جميع الثوب ليتم له/ الحوز، ومعنى الوجه الثاني أن يرهنه الثوب في خمسة وهو يساوي عشرة، وفائدة اختلاف الصورتين معرفة ما يصح للمرتهن الثاني ويكون أحق به من الغرماء، إذا صح له القبض والحوز ففي الوجه الأول يكون أحق بنصف الثوب من الغرماء، سواء كان النصف الباقي يفي بحق المرتهن الأول أو عجز عنه، وفي الوجه الثاني يكون المرتهن الثاني أحق بما [ناف[1543]] عن دين المرتهن الأول من قيمة الرهن، فإن كانت قيمته كفاف دين الأول أو أقل من دينه فهو أحق بجميع الرهن من الغرماء، ولا حق للمرتهن الثاني، إذا ثبت ذلك فلا يخلو من أن يكون الرهن على يده أو على يد عدل، فإن كان على يده فلا خلاف في [الجواز، كان[1544]] المرتهن عين الرهن أو صفته؛ وهو ما يزيد من قيمته على قدر الدين الأول، إلا على مذهب من يرى أن رهن [الغرر[1545]] لا يجوز فيمنع في رهن الصفة؛ لأن ذلك غرر قد يكون وقد لا يكون، فإن كان على يد عدل فيجري فيه من الخلاف ما نذكره في الوجه الثاني إن شاء الله، فأما إذا رهنه من غير الأول فلا يخلو من أن يكون على يد عدل أو على يد المرتهن الأول، فإن كان على يد عدل فإن رضي بالحوز الثاني فالمذهب على قولين: أحدهما أن ذلك جائز رضي المرتهن الأول أو سخط، وهو قول أصبغ، وهو ظاهر المدونة.

والثاني أن ذلك لا يجوز إلا برضا الأول، وهو قول مالك في كتاب محمد، وهو أضعف الأقوال؛ إذ لا فائدة لرضاه، وأما إن كان الرهن على يد المرتهن الأول ففي المذهب ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك جائز، رضي المرتهن الأول بذلك أم كره، وهو ظاهر قول مالك في كتاب الوصايا الثاني وغيره من كتاب المدونة، والثاني أن ذلك لا يجوز، ولا يكون حوزه حوزا للثاني وإن رضي؛ لأن قبضه وحوزه أوّلاً إنما كان لنفسه لا لغيره، وهو رواية ابن المواز عن ابن القاسم في كتابه، ورواه أبو القاسم بن الجلاب أيضا، والثالث التفصيل بين أن يرضى المرتهن الأول بالحوز الثاني فيجوز، وإن لم يرض فلا يجوز، وهو نص قول مالك في كتاب [الرهون[1546]]، وذهب بعض المتأخرين إلى أن ذلك اختلاف أحوال، وأن معنى الجواز عنده إذا كان أجل الدينين سواء، أو كان الأخير أبعد

7

الحديث ....

[1541] *– في المطبوع ويرتجع وما بين المعقوفين من يحيى147 وسيد1 والشيخ4.
[1542] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص6 وم2 ويحيى2 والشيخ4 وسيد2.
[1543] – في المطبوع ناب وما بين المعقوفين من ذي ص7 وم2 وسيد1 ويحيى2 والشيخ4.
[1544] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص7 ويحيى2 وم2 والشيخ4 إن كان وسيد2.
[1545] – في المطبوع القدر وما بين المعقوفين من ن ذي ص7 ويحيى2 والشيخ4 وسيد2.
[1546] *– في المطبوع الرهن وما بين المعقوفين من يحيى147 وسيد2 والشيخ4.

نص خليل

قُسِمَ إِنْ أَمْكَنَ وَإِلاَّ بِيعَ وَقُضِيَا وَالْمُسْتَعَارُ لَهُ وَرَجَعَ صَاحِبُهُ بِقِيمَتِهِ أَوْ بِمَا أَدَّى مِنْ ثَمَنِهِ نُقِلَتْ عَلَيْهِمَا وَضَمِنَ إِنْ خَالَفَ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِذَا أَقَرَّ الْمُسْتَعِيرُ لِمُعِيرِهِ وَخَالَفَ الْمُرْتَهِنُ وَلَمْ يَحْلِفِ الْمُعِيرُ تَأْوِيلاَنِ وَبَطَلَ بِشَرْطٍ مُنَافٍ كَأَن لاَّ يُقْبَضَ.

متن الحطاب

[حلولا[1547]] فلذلك يجوز وإن لم يرض الأول، وإن كان الثاني أقرب حلولا ودين الأول عرض من بيع، ودخل الثاني على أن يقبض حقه إذا حل أجله لم يجز إلا برضا الأول؛ لأن الأول يقدر على تقديم حقه قبل أجله، وإن كان دين الأول عينا أو عرضا من قرض جاز إذا دخل على أن يعجل حقه إذا حل الدين الأول. اهـ.

الثالث: قول المصنف: "ورضي" يغني عن قوله: "وعلم الأول".

ص: **قسم إن أمكن** ش: قال ابن عرفة: قسمه إن انقسم لا أعرفه في هذه المسألة إلا في الجلاب مثل ما ذكره المؤلف، وما وقع الحكم بقسمه في العتبية والموازية إلا في استحقاق بعضه. اهـ. وما ذكره الجلاب هو في آخر باب الرهن.

فرع: قال ابن عبد السلام: فإن حل أجل الثاني قسم الرهن على [الدينين[1548]] إن أمكن قسمه، فيدفع للأول قدر ما يتخلص منه لا أزيد، والباقي للثاني إلا أن يكون الباقي يساوي أكثر من الدين الثاني فلا يدفع منه للثاني إلا مقداره، وتكون بقية الرهن كلها للدين الأول.

ص: **والمستعار له** ش:

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: ولو هلكت السلعة عند المرتهن وهي مما يغاب [عليه[1549]] لاتبع المعير المستعير بقيمتها، وإن كانت مما لا يغاب عليه لم يضمنها المستعير ولا المرتهن. اهـ. زاد ابن يونس بعد قوله: بقيمتها أو قاص المستعير المرتهن. اهـ. قال في الشامل: فإن هلك الرهن اتبع ربه الراهن [والراهن[1550]] المرتهن، فإن كان مما لا يغاب عليه فلا ضمان عليه. اهـ. وهذا إذا ضاع الرهن بيد المرتهن، ولو ضاع بيد عدل جعله عنده راهنه وربه المعير لكان ضمانه من ربه، ونقله ابن عرفة./ 8

ص: **وضمن إن خالف** ش: ليس المراد بالضمان هنا ضمان الرهان والعواري، بل المراد -والله أعلم- أنه يصير في ضمانه مطلقا، قامت على هلاكه بينة أم لا، كان مما يغاب عليه أم لا كما صرح به ابن عبد السلام، وبدليل فرضهم ذلك في العبد.

ص: **وهل مطلقا إلى آخره** ش: أي سواء أقر المرتهن بما أقر به المستعير من التعدي أم لا، وهو تأويل ابن أبي زيد، أو إنما يضمن إذا لم يقر المرتهن بالتعدي ولم يحلف المعير على ذلك، وأما إن أقر المرتهن بالتعدي أو حلف المعير على ذلك فلا ضمان على الراهن المستعير، ويصير الرهن فيما قاله الراهن، وهو تأويل ابن يونس. والله أعلم.

ص: **وبطل بشرط مناف كأن لا يقبض** ش: من الشرط المنافي ما ذكره في أواخر كتاب الرهون من المدونة، ونصه: ومن رهن رهنا على أنه إن مضت سنة خرج من الرهن فلا أعرف هذا من رهون

الحديث ....

[1547] - في المطبوع طولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص7 وم3 ويحيى2 والشيخ4 وسيد2.

[1548] - في المطبوع الدين وما بين المعقوفين من ن ذي ص7 وم3 ويحيى3 والشيخ4 وسيد2.

[1549] - في المطبوع عليها وم3 وما بين المعقوفين من ن ذي ص7 ويحيى3 والشيخ5 وسيد2.

[1550] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى148 وسيد2.

نص خليل وَباشْتِرَاطِهِ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ظَنَّ فِيهِ اللُّزُومَ.

متن الحطاب الناس، ولا يكون هذا رهنا. ابن يونس: قال ابن المواز: فإن مات الراهن أو فلس دخل فيه الغرماء. اهـ. وليس منه مسألة غلق الرهن كما يأتي في قول المصنف: "وباشتراطه في بيع فاسد ظن فيه اللزوم" إنما هي من باب الرهن الفاسد، والمرتهن أحق به من الغرماء حتى يقبض حقه. والله أعلم. وانظر المشذالي في مسألة غلق الرهن. [قال في الصحاح: غلق الرهن[1551]] غلقا إذا استحقه المرتهن، وذلك إذا لم [يفتكك[1552]] في الوقت المشروط، وفي الحديث: {لا يغلق الرهن[1]}. اهـ. وفي موطأ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا يغلق الرهن[2]} قال مالك: تفسير ذلك فيما نرى -والله أعلم- أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له، وإلا فالرهن لك بما فيه. قال: فهذا لا يصلح ولا يحل، وهذا الذي نهي [عنه[1553]] وإن جاء صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو له، وأرى هذا الشرط مفسوخا. قال الباجي: غلق الرهن معناه أنه لا يفك؛ يقال غلق الرهن إذا لم يفك، ومعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول إلى المنع في فكه، وقوله صلى الله عليه وسلم: {لا يغلق الرهن[3]} معناه -والله أعلم- لا يمنع من فكه، وذلك نهي عن عقد يتضمن ذلك، وعن استدامته إن عقد على وجه يتضمنه. اهـ من الباجي.

ص: وباشتراطه في بيع فاسد ظن فيه اللزوم ش: قبله الشيخ بهرام والنويري في تكملته على البساطي، وقال ابن غازي: أشار به لقول ابن شاس: أو شرط عليه رهنا في بيع فاسد وظن لزوم الوفاء به فرهنه فله الرجوع عنه، كما لو ظن أن عليه دينا فأداه ثم تبين أن لا دين فإنه يسترد.اهـ. وهو نص ما وقفت عليه في وجيز الغزالي، وقد أصاب ابن الحاجب في إضرابه عنه صفحا، وأما المصنف فنقله في التوضيح عند قوله: "أو يعمل له". وأما ابن عرفة فلم يعرج عليه بقبول ولا رد خلاف المألوف من عادته، وأنا ما أراه إلا مخالفا للمذهب. فتأمله مع ما قبل ابن عرفة من قول اللخمي إن كان الرهن بدينارين قضي أحدهما، أو بثمن عبدين استحق أحدهما أو رد بعيب أو بمائة ثمن عبد بيع بيعا فاسدا فكانت قيمته خمسين فالرهن رهن بما بقي، وتأمله أيضا مع قول ابن يونس: قال ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم فيمن ابتاع بيعا فاسدا على أن يرتهن بالثمن رهنا صحيحا أو فاسدا فرهنه إياه وقبضه فإنه أحق به من الغرماء؛ لأنه عليه وقع البيع، وكذا إن كان الرهن صحيحا والبيع فاسدا؛ على أن اللخمي/ وابن يونس لم يتنازلا لظن اللزوم. اهـ كلام ابن غازي. وكلام اللخمي الذي ذكره هو في باب من رهن رهنا بدينارين فقضى أحدهما أو بعبدين فاستحق أحدهما، [أورده بعيب[1554]] أو كان عبدا واحدا بيع بمائة بيعا فاسدا فكانت قيمته خمسين فقيل في جميع ذلك [يكون جميع[1555]] الرهن [رهنا[1556]] بالباقي، وحكى ابن شعبان إذا كان الرهن في حقوق ثلاثة فقضى أحدها

9

الحديث 1 – الموطأ، كتاب الأقضية، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1437 ولفظه عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يغلق الرهن".

2 – الموطأ، كتاب الأقضية، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1437.

3 - أخرجه مالك في الموطإ، كتاب الأقضية، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1437.

1551 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص8 ويحيى3 والشيخ5 وسيد2 وم3.

1552 *– في يحيى3 يفتك وفي الشيخ5 يفتكه وفي م3 يفتكك.

1553 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص8 ويحيى3 والشيخ5 وسيد2.

1554 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 وم4 ويحيى3 والشيخ6 وسيد2.

1555 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 ويحيى3 والشيخ6.

نص خليل ....

متن الحطاب أنه يخرج من الرهن بقدره، ففي كتاب محمد فيمن له على رجل [مائة دينار ثم اقترضه[1557] مائة دينار[1558]] على أن رهنه رهنا بالأول والثاني قولان؛ فقيل يقبض الرهن ويسقط نصفه، وهو ما قابل الدين الأول، واختار محمد أن يكون جميعه رهنا بالثاني مثل ما في المدونة، وعلى هذا يفض الرهن في الاستحقاق إذا استحق أحد العبدين أو رد بعيب، وفي الطلاق إذا رهن بالصداق ثم طلق قبل الدخول، والفض أحسن، إلا أن تكون عادة أنه يبقى رهنا في الباقي، ومن أسلم دينارا في ثلاثين درهما وأخذ بها رهنا ثم فسخ ذلك فإن كان الدينار والدراهم سواء كان أحق به حتى يعود إليه ديناره، وإن كان قيمة الدينار أربعين كان أحق بثلاثة أرباع الرهن، والباقي هو أسوة الغرماء؛ لأنه إنما دخل على أن يكون رهنا في ذلك القدر ثم يسلم، واختلف إذا كانت قيمة الدينار عشرين هل يكون أحق بجميعه، أو بثلثيه ويسقط من الرهن ما ينوب العشرة الزائدة لأنها كالمستحقة؟. اهـ.

وكلام ابن يونس ذكره في باب الرهن بالعقود الفاسدة، ولنذكر أولا كلام المدونة، ثم نذكر كلام ابن يونس عليه فإنه صريح في المسألة: والعجب من ابن غازي رحمه الله تعالى حيث لم ينقله. قال في التهذيب: ومن لك عليه دين إلى أجل من بيع أو قرض فرهنك به رهنا على أنه إن لم يفتكه منك إلى الأجل فالرهن لك بدينك لم يجز ذلك، وينقض هذا الرهن [ولا ينتظر به الأجل[1559]]، ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك، وأنت أحق به من الغرماء.

قال أبو محمد: يريد ويصير السلف حالا. قال ابن يونس: وهذا إذا كان الرهن في أصل البيع أو السلف، وأما إن كان الأمر ليس كذلك فسد البيع والسلف؛ لأنه لا يدرى ما يصح له في ثمن السلعة الثمن أو الرهن، وكذلك في السلف لا يدرى هل يرجع إليه ما سلف أو الرهن؟ فإن عثر على ذلك قبل الأجل أو بعده فسخ البيع إن لم تفت السلعة بحوالة سوق [فأعلى[1560]] فتكون فيها القيمة حالة ويصير السلف حالا ويكون المرتهن أولى بالرهن من الغرماء حتى يأخذ حقه لأنه وقع عليه البيع، ولو كان هذا الرهن بعد أن صح البيع أو السلف لم يفسخ إلا الرهن وحده ويأخذه ربه به، ويبقى البيع والسلف بلا رهن إلى أجله، ولا يكون المرتهن أحق بهذا الرهن في فلس ولا موت، كقولهم فيمن له على رجل دين إلى أجل فأخذ منه قبل الأجل رهنا على أن يؤخره إلى أبعد من الأجل [أنه[1561]] لا يجوز لأنه سلف بنفع. قال غير ابن القاسم: ولا يكون الرهن به رهنا وإن قبض في فلس الغريم أو موته. قال أبو الحسن: فحمل أبو محمد وابن يونس مسألة الكتاب على [أنها[1562]] في أصل العقد، وقال عياض: ظاهر المسألة أن الرهن بعد عقد البيع في ثمن حال فأخره به لأجل الرهن فاستوى هنا فيه البيع والقرض؛ لأنه في هذه المسألة في البيع إذا كان بعد العقد كان تأخيره على هذا الرهن كالسلف عليه وصار بيعا فاسدا باع منه هذا الرهن بهذا الدين إلى ذلك الأجل بشرط إن لم يوفه

الحديث ....

[1556] – في المطبوع رهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 وم3 ويحيى3 والسيخ سيديا5 وسيد2.

[1557] *- في الأصل اقترضه وصوبه الشيخ محمد سالم بأقرضه وهو الذي في يحيى3 وم5 والشيخ6 وسيد6.

[1558] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 (وم5 ويحيى3 والشيخ6 وسيد2 اقرضه مائة على أن).

[1559] – في المطبوع ولا ينظر به إلى الأجل وما بين المعقوفين من يحيى3 وسيد2 والتهذيب ص65.

[1560] – في المطبوع فاعلا وم3 وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 ويحيى3 والشيخ6 وسيد2.

[1561] – في المطبوع وم4 لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 ويحيى4 والشيخ6 وسيد2.

[1562] *- في المطبوع أنهما وما بين المعقوفين من م4 وسيد2 ويحيى4 والشيخ6.

نص خليل ....

متن الحطاب دينه، فإن وفاه فلا بيع بينهما فصار من بيع الغرر والبيع والسلف مرة بيعا، ومرة سلفا فيرد، ويفسخ هذا الشرط ولا ينتظر به الأجل، فيأخذ صاحب السلف سلفه والبائع ثمن سلعته؛ لأن البيع الأول صح، وإنما دخل الفساد في الرهن في ثمنه ويكون هنا أحق برهنه حتى يأخذ حقه لأنه بمعنى الرهن أخذه. اهـ. ولا معارضة بين كلام ابن يونس وعياض فيما إذا وقع الرهن بعد تمام البيع والسلف لا في حمل لفظ المدونة ولا في المعنى؛ لأن عياضا إنما قال إنه يكون أحق به لأنه فرض أن الثمن والسلف
10 حالان،/ وإنما أخره به لأجل الرهن، فكأنه ابتدأ حينئذ سلفا على رهن، وقد تقدم في كلام ابن يونس أن السلف إذا وقع على رهن فاسد أنه يفسخ، ويصير السلف حالا، ويكون المرتهن أحق بالرهن من الغرماء، وأما ابن يونس ففرض المسألة على أن السلف والثمن مؤجلان [من الأصل[1563]] وتطوع له بالرهن بشرط أنه إن مضى الأجل ولم يوفه حقه فالرهن له بحقه، فهذا رهن فاسد وقع بعد تمام البيع والسلف فيرد، ولا يكون أحق به من الغرماء كما سياتي في كلامه وكلام عياض عن ابن حبيب فتأمله.

ويؤخذ هذا أيضا من قول الشيخ أبي الحسن: أراد بعضهم أن يعارضها على ما قال عياض بمسألة كتاب التفليس فيمن له على رجل دين إلى أجل فأخره برهن إلى أبعد [منه[1564]] أنه لا يكون الرهن به رهنا، وهذه المعارضة لا تصح؛ لأن عياضا قال: من ثمن حال فأخره به لأجل الرهن. الشيخ: وقول عياض إنه بعد العقد يظهر من قوله: "فرهنك به" والفاء للترتيب، ومن قوله: "وينقض هذا الرهن" ولو كان في أصل العقد لقال ينقض البيع. اهـ كلام الشيخ أبي الحسن. وكلام عياض في التنبيهات فيه إشارة إلى ما تقدم، ونصه إثر كلامه المتقدم: وفي كتاب ابن حبيب: إذا وقع الرهن فاسدا بعد تمام البيع ولم يشترط في [البيع رهنا[1565]] فلا يكون أولى به؛ لأنه لم يخرج من يده بهذا الرهن شيئا، ويظهر أن هذا خلاف المدونة؛ لأنه قال في الكتاب: [من قرض أو[1566]] [من[1567]] بيع. وقد يكون معنى ما في الكتاب عندي على ما قدمناه أنه [أخره[1568]] بثمن المبيع لأجل الرهن، فيكون كالسلف سواء، وقد خرج من يده الانتفاع بنقد ثمنه [وأخره[1569]] لأجل الرهن؛ كما قال محمد فيمن [أخر[1570]] بدين لم يحل إلى أبعد من أجله على أن يعطي حميلا أو رهنا أنه تسقط الحمالة، ويرد الرهن إلى ربه إن أدرك قبل أن يدخل في الأجل الثاني؛ لأنه إذا دخل في الأجل الثاني فهو كسلف [لا[1571]] يحل فيه رهن مقبوض فالرهن به ثابت، ومعنى مسألة ابن حبيب أن الثمن كان مؤجلا، فههنا إذا فسخنا الرهن لزمه بحقه، ولم يكن أحق به إذ لم يخرج من يده شيئا لأجل الرهن، ولم

الحديث ....

1563 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1564 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 ويحيى4 وسيد2 وم4 أبعد أنه لا يكون.
1565 – في المطبوع الرهن بيعا وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1566 – في المطبوع أو قرض من بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1567 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص10 ويحيى4 وسيد2.
1568 – في المطبوع خذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1569 – في المطبوع وأخذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1570 – في المطبوع أخذ وم4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.
1571 – في المطبوع لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص10 وم4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.

نص خليل ....

متن الحطاب يفسخ الأجل لأنه من بيع، ولو كان هذا الشرط في عقد البيع لكان بيعا فاسدا. اهـ. ثم لما أن تمم ابن يونس الكلام على مسألة المدونة هذه كما سنذكر كلامه إن شاء الله ذكر ما نقله عنه ابن غازي، وزاد بعده تتمة للكلام السابق ما نصه: كمن قال إن جئتك بالثمن إلى سنة وإلا فالرهن لك بالثمن فهو أحق بالرهن. ابن يونس: جعل هذا بيعا صحيحا وهو لا يدري ما يصح له في ثمن سلعته الثمن الذي باعها به أو الرهن، وهذا بيع فاسد إلا أن يكون بعد تمام البيع كما بينا. اهـ. وقال في الذخيرة: فرع: قال ابن يونس: وإذا رهنه في بيع فاسد رهنا صحيحا أو فاسدا فقبضه فهو أحق به من الغرماء لوقوع البيع عليه. اهـ. وقال الرجراجي: إذا كانت المعاملة صحيحة والرهن فاسدا؛ مثل أن يقع البيع أو السلف على وجه الصحة واللزوم إلى أجل، ثم يرهنه به رهنا على أنه إن مضت السنة خرج من الرهن فهل يكون أحق بالرهن من الغرماء، وهو ظاهر المدونة، والثاني لا يكون أحق به من الغرماء؛ لأنه لم يخرج بالرهن من يده شيئا، وهو قول ابن حبيب؟ والأول أصح. وإذا كانت المعاملة فاسدة والرهن صحيح؛ مثل أن يقع البيع على نعت الفساد بثمن إلى أجل فيرهنه بالثمن رهنا صحيحا إلى ذلك الأجل فإن البيع مفسوخ، وترد السلعة مع القيام، ويرد الرهن إلى الراهن، فإن فاتت السلعة بما يفوت به البيع الفاسد فإن المرتهن أحق بالرهن من الغرماء حتى يقبض القيمة قولا واحدا. اهـ. فعلم من هذا أن المؤلف رحمه الله إنما تبع ابن شاس، وأن كلامه مخالف للمدونة ولجميع ما تقدم نقله.

تنبيهات تتعلق بكلام المؤلف [وبمسألة المدونة المذكورة[1572]]: **الأول**: قد علم أن السلف الفاسد حكمه حكم البيع الفاسد.

الثاني: إذا قلنا إن الرهن لا يبطل في البيع الفاسد فتارة يفسخ مع قيام السلعة قبل فواتها فهذا ظاهر، وتارة يفسخ في القيمة بعد/ فوات السلعة، وحينئذ إما أن تكون القيمة مساوية للثمن أو أقل أو أكثر، فمع التساوي الأمر ظاهر، وإن كانت أقل فهل يكون الرهن جميعه رهنا بها، وهو مذهب المدونة وهو المشهور، أو لا؟ قولان. تقدمت الإشارة إليهما في كلام اللخمي، وإن كانت القيمة أكثر كان الرهن رهنا في قدر الثمن [منها[1573]] فقط، وقد تقدم ذلك في كلام اللخمي. والله أعلم. 11

الثالث: لا يقال لا مخالفة بين كلام المؤلف وبين ما ذكرتم من النقول؛ لأنه لا يلزم من بطلان الرهن منع التوثق به حتى يتصل بعين شيئه؛ لأنا نقول لا معنى للرهن إلا ذلك، ولا معنى [لبطلانه إلا عدم[1574]] ذلك، وهذا ظاهر، وإنما نبهنا عليه لأنه قد توهمه بعض الناس. والله أعلم.

الرابع: قال ابن يونس: قال ابن حبيب: وإذا وقع الرهن فاسدا بعد تمام البيع، ولم يشترط في البيع رهنا فلا يكون أولى بالرهن لأنه لم يخرج من يده بهذا الرهن شيئا. اهـ. وهذا موافق لما تقدم، وقد يؤخذ من قوله: "وبطل بشرط مناف" [يريد[1575]] وكذلك السلف. والله أعلم.

الخامس: قال ابن يونس إثر كلامه المتقدم متمما لكلام المدونة: وأما إن حل الأجل في مسألة الكتاب ولم يدفع إليه ثمنه أو أسلفه فإنه يصير حينئذ كأنه باعه الرهن بيعا فاسدا، فيفسخ ما لم يفت ويكون

الحديث ....

[1572] – في المطبوع وبكلام المدونة المذكور وما بين المعقوفين من يحيى4 وسيد2 والشيخ7.

[1573] *– في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من م4 ويحيى4 والشيخ7 وسيد2.

[1574] – في المطبوع لعدمه إلا بطلان وما بين المعقوفين من ن ذي ص11 وم4 ويحيى4 والشيخ7.

[1575] - في المطبوع ويريد وما بين المعقوفين من يحيى4 وسيد2 والشيخ8.

نص خليل وَحَلَفَ الْمُخْطِئُ الرَّاهِنَ أَنَّهُ ظَنَّ لُزُومَ الدِّيَةِ وَرَجَعَ أَوْ فِي قَرْضٍ مَعَ دَيْنٍ قَدِيمٍ وَصَحَّ فِي الْجَدِيدِ وَبِمَوْتِ رَاهِنِهِ أَوْ فَلَسِهِ قَبْلَ حَوْزِهِ.

متن الحطاب أحق به من الغرماء، وتستوي حينئذ هذه والتي الرهن فيها في عقد البيع. قال مالك فيها -يعني في المدونة:- فإن حل الأجل والرهن بيدك أو بيد أمين فقبضته؛ لأن ذلك شرطك لم يتم لك ملكك الرهن فيما شرطت فيه ولكن ترده إلى ربه وتأخذ دينك، ولك أن تحبسه حتى تأخذ دينك؛ يريد أو قيمة سلعتك التي بعت أولا إذا فاتت. قال: وأنت أحق به من الغرماء حتى تأخذ حقك، فإن فات الرهن بيدك بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق فأعلى في الحيوان والسلع، وأما الدور والأرضون فلا يفيتها حوالة الأسواق ولا طول الزمان وإنما يفيتها الهدم والبناء، سواء هدمتها أنت أو تهدمت بأمر من الله [فذلك فوت[1576]] فحينئذ لا ترد الرهن، ويلزمك قيمته يوم حل الأجل لأنه بيع فاسد وقع يوم حل الأجل وأنت للسلعة قابض يومئذ، وتقاصه بدينك وتترادان الفضل. قال بعض الفقهاء: وبحلول الأجل تدخل في ضمان المرتهن. ابن يونس: يريد وإن كانت مما [لا[1577]] يغاب عليه لأنه بيع فاسد وقع يوم الأجل وهو قابض للسلعة فوجب أن يضمنها وإن كانت مما لا يغاب عليه. [انتهى.[1578]].

السادس: قال ابن يونس: قال بعض الفقهاء: واختلف إذا كانت بيد أمين فقيل يضمنها أيضا لأن يدربها ارتفعت عنها، ويد الأمين كيد المرتهن؛ لأنه وكيله بعد حلول الأجل، فوجب على المرتهن ضمانها، وقيل لا يضمنها المرتهن إلا بعد قبضها من عند الأمين؛ لأن الأمين كان حائزا للبائع فبقي على ذلك الحوز. اهـ. ابن يونس: والأشبه أن يكون [الضمان[1579]] من المرتهن، بخلاف من اشترى سلعة شراء فاسدا ونقد ثمنها ودعا إلى قبضها فهلكت بيد البائع فقال ابن القاسم ضمانها منه، وقال أشهب من المشتري. فالفرق بينهما على مذهب ابن القاسم أن البائع وإن قبض الثمن لا يجوز له تسليم المبيع لفساد البيع، فكأنها مبقاة على ملكه ويده عليها، بخلاف البيع الصحيح، وها هنا السلعة خرجت من يد البائع إلى يد وكيل لهما إلى وقت حلول الأجل فيصير وكيلا للمشتري إذا لم يأت البائع بالثمن فيد وكيل المشتري كيده، وهذا بين. اهـ.

ص: **وحلف المخطىء الراهن أنه ظن لزوم الدية ورجع** ش: وأما لو علم بلزوم الدية على العاقلة ورهن على ذلك فالرهن صحيح. قال في المدونة: ويجوز الرهن في دم الخطأ إذا علم الراهن أن الدية على العاقلة، ولو ظن أن ذلك يلزمه وحده لم يجز، وله رد الرهن. أبو الحسن: بعد أن يحلف لقد ظن أن ذلك يلزمه. اهـ من أوائل كتاب الرهون.

ص: **أو في قرض مع دين قديم** ش: هذه المسألة في أواخر كتاب الرهون من المدونة وفي أثناء كتاب التفليس منها ونصها/ فيه: وإن أسلفت رجلا [سلفا[1580]] بلا رهن أو برهن، ثم أسلفته سلفا آخر على أن أخذت منه رهنا بالسلف الأول والثاني، وجهلتما أن الثاني فاسد فقامت الغرماء على الراهن في فلس أو موت فالرهن الأول في السلف الأول والثاني في الثاني، ولا يكون الرهن الثاني رهنا في شيء من

12

الحديث ....

[1576] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص11 وم4 ويحيى5 والشيخ8.
[1577] – ساقطة من المطبوع وم4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص11 والشيخ8 ويحيى5.
[1578] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى5 وسيد3 والشيخ8.
[1579] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى5 وسيد3 والشيخ8.
[1580] – في المطبوع مسلما وما بين المعقوفين من ذي ص12 وم5 ويحيى5 وسيد3 والشيخ8.

نص خليل وَلَوْ جَدَّ فِيهِ وَبِإِذْنِهِ فِي وَطْءٍ أَوْ إِسْكَانٍ أَوْ إِجَارَةٍ وَلَوْ لَمْ يُسْكِنْ.

متن الحطاب السلف الأول. اهـ. وقوله: "مع دين" يريد سواء كان هذا الدين القديم من قرض أو بيع. قاله في التوضيح والشارح في الكبير، وانظر لو كان الثاني غير قرض بل من ثمن بيع وشرط أن الأول داخل في رهن الثاني، والظاهر الجواز.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: مقتضى كلامه في الجواهر أنا لو اطلعنا على ذلك قبل قيام الغرماء لرددنا الرهن، ولا يؤخذ ذلك من كلام المصنف -يعني ابن الحاجب- وكلامه رحمه الله في المختصر نص في صحة الرهن، ولم أقف على ذلك لغيره، بل قال أبو الحسن: وانظر لو عثرنا على هذا قبل حلول الأجل هل يرد السلف، أو يقال إذا أسقط مشترط [الشرط[1581]] شرطه مضى؟. اهـ.

الثاني: قيد ابن المواز المسألة بما إذا كان الدين مؤجلا قال: وأما لو كان حالا أو حل أجله لصح ذلك إذا كان الغريم مليا؛ لأن رب الدين قد ملك أخذه فتأخيره كابتداء سلف. قال ابن المواز: وكذا عندي لو كان عديما، وكان الرهن له، ولم يكن عليه دين محيط لأنه حينئذ كالمليء. اهـ. وأكثرهم على أنه تقييد. والله أعلم.

ص: ولو جد فيه ش: وكذا لو كان مشترطا في العقد عند ابن القاسم. قال ابن عرفة: ابن حارث: اختلف ابن القاسم وسحنون في المشترط في البيع بعينه يدع المرتهن قبضه حتى [يقوم[1582]] الغرماء أو حتى يبيعه ربه فأبطله ابن القاسم، وقال [سحنون[1583]] ينقض بيعه ويكون أحق به من الغرماء. محمد: فجعل [سحنون للارتهان[1584]] حصة من الثمن إذا وقع البيع عليه. اهـ. وتقدم عند قول المصنف: "وآبقا" عن التوضيح في الفرق بين الرهن والهبة في كون الجد في طلبها وتزكية شهودها حيازة أن الرهن لم يخرج عن ملك ربه فلم يكتف فيه بالجد بخلافها، وما ذكره ابن حارث عن ابن القاسم هو نص قولها: وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميمونا بحقك ففارقك قبل قبضه لم يبطل الرهن، ولك أخذه منه رهنا ما لم يقم الغرماء فيكون أسوتهم، فإن باعه قبل أن تقبضه مضى بيعه، وليس لك أخذه برهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك وبيعك الأول غير منتقض. اهـ.

ص: وبإذنه في وطء أو إسكان أو إجارة ولو لم يسكن ش: [يريد ولو لم يؤجر[1585]] ولم يطأ. قال في المدونة في آخر كتاب حريم البئر، [وبعضهم يجعله آخر كتاب إحياء الموات:[1586]] وللمرتهن منع الراهن أن يسقي زرعه بما ارتهن منه من بئر أو قناة، وإن أذن له أن يسقي بها زرعه خرجت من الرهن، وكذلك من ارتهن دارا فأذن لربها أن يسكن أو يكري فقد خرجت من الرهن حين أذن له وإن

الحديث ....

1581 – في المطبوع السلف وهي نسخة أقرها الشيخ محمد سالم عدود وما بين المعقوفين من ن ذي ص12 وم5 ويحيى5 والشيخ9.

1582 *– في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م5 وسيد3 والشيخ9 ويحيى5.

1583 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص12 وم5 ويحيى5 والشيخ9.

1584 – في المطبوع قبضه وما بين المعقوفين من ن عدود ص12 وم5 ويحيى5 والشيخ9 الارتهان.

1585 – في المطبوع ولو لم يوجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص12 وم5 ويحيى5 والشيخ9.

1586 – ساقطة من المطبوع وم5 وما بين المعقوفين من ن عدود ص12 ويحيى5 والشيخ9.

نص خليل وَتَوَلاَّهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِهِ أَوْ فِي بَيْعٍ وَسَلَّمَ وَإِلاَّ حَلَفَ وَبَقِيَ الثمَنُ إن لَّمْ يَأتِ بِرَهْنٍ كَالأَوَّلِ كَفَوْتِهِ بِجِنَايَةٍ وَأَخِذَتْ قِيمَتُهُ.

متن الحطاب لم يسكن ولم يكر .اهـ . وقال في كتاب الرهون منها: وكذلك إن ارتهنت أرضا فزرعها بإذنك وهي في يدك خرجت من الرهن. قال أبو الحسن: يريد وكذلك إن كانت في غير يدك كأمين أو غيره، وقوله: "زرعها" ليس بشرط، وكذلك/ إن لم يزرع ولم يسكن ولم يكر كما قال في حريم البئر. اهـ. وكذلك الإذن في الوطء يبطل الرهن. قال ابن الحاجب: ولو أذن للراهن في وطء بطل الرهن، وكذا في إسكان وإجارة. قال في التوضيح: مقتضاه أن مجرد الإذن كاف في البطلان، وهو نص المدونة في حريم البئر، وذكر ما تقدم، وأشار بلو إلى خلاف أشهب، فإنه يقول لا يبطل إلا بالسكنى والكراء، وحكى بعضهم ثالثا بالفرق بين أن يكون الرهن على يد عدل فيبطل بالإذن، أو على يد المرتهن فلا يبطل بالإذن لوجود صورة الحوز، وجعله ابن راشد تفسيرا جمعا بين قولي ابن القاسم وأشهب، وسيأتي عند قول المصنف: "وهل تكفي بينة على الحوز"

13

[مسألة[1587]] ما إذا حاز الراهن الرهن ببينة ثم وجد بيد المرتهن فادعى الراهن أنه لم يعلم بذلك، وأن المرتهن افتات عليه في ذلك. والله أعلم.

ص: وتولاه المرتهن بإذنه ش: قال في الذخيرة: فرع: قال في المنتقى: إن ترك المرتهن أن يكري الدار التي لها قدر أو العبد الكثير الخراج حتى حل الأجل ضمن أجرة المثل لتضييعها على الراهن، وهو محجور عليه، أما الحقير فلا. قاله عبد الملك. وقال أصبغ لا يضمن في الوجهين كالوكيل على الكراء لا يضمن. اهـ. وذكر في المتيطية القولين، وقال: قال فضل: وقول أصبغ هو [أصل[1588]] ابن القاسم. قال: قال أصبغ: وكذلك لو شرط على المرتهن أن يكريها، وقال عن عبد الملك إنه يضمن ما لم يكن المرتهن عالما بذلك، وقال في التوضيح في مسألة اشتراط المرتهن [لغلة[1589]] الرهن: وإذا رهنه وأذن له في الكراء وأن [يقبضه[1590]] من دينه ففرط حتى حل أجل الدين، فإن كان رب المال حاضرا وقد علم أنه لم يكرها ولم ينكر فلا شيء على المرتهن، وإلا ففي تغريمه كراء المثل قولان لابن الماجشون وأصبغ. فضل: وقول ابن الماجشون هو قول ابن القاسم، وانظر أبا الحسن في كتاب الغصب في الغاصب إذا لم يكر الأرض.

فرع: فإن طلب المرتهن أجرة على توليه لذلك، فانظر ذلك في رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون، ونقلت كلامه في كتاب القراض.

ص: أو في بيع وسلم ش: أي وسلم المرتهن الرهن للراهن.

ص: وإلا حلف وبقي ش: أي وإن لم يسلم المرتهن الرهن للراهن بل كان بيده أو سلمه للمبتاع فإنه يحلف المرتهن إلى آخره. قاله في أول رهون المدونة. والله أعلم.

الحديث ....

[1587] – في المطبوع ومسألة وما بين المعقوفين من ذي ص13 وم5 ويحيى5 وسيد3 والشيخ9.

[1588] *– في المطبوع قول وما بين المعقوفين من م5 وسيد3 والشيخ10.

[1589] – في المطبوع لقلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص13 (ويحيى5 الغلة) والشيخ10 وم5 لعلة.

[1590] – في المطبوع يقضيه وما بين المعقوفين من يحيى150 وسيد3 والشيخ10.

نص خليل وَبِعَارِيَّةٍ أُطْلِقَتْ وَعَلَى الرَّدِّ أَوْ رَجَعَ اخْتِيَارًا فَلَهُ أَخْذُهُ إلاَّ بِفَوْتِهِ بِكَعِتْقٍ أَوْ حُبْسٍ أَوْ تَدْبِيرٍ أَوْ قِيَامِ الْغُرَمَاءِ وَغَصْبًا فَلَهُ أَخْذُهُ مُطْلَقًا وَإِنْ وَطِئَ غَصْبًا فَوَلَدُهُ حُرٌّ وَعَجَّلَ الْمَلِيءُ الدَّيْنَ أَوْ قِيمَتَهَا.

متن الحطاب ص: **وبعارية أطلقت وعلى الرد [أو رجع اختيارا فله[1591]] أخذه إلا بفوته بكعتق أو حبس أو تدبير أو قيام الغرماء** ش: يعني أن الرهن يبطل بسبب إعادته لراهنه على سبيل العارية المطلقة؛ أي التي لم يشترط ردها فيه ولا تبقى له فيه مطالبة برده إلى الراهن حصل فيه فوت أم لا، قامت الغرماء أم لا، وأما إن أعاره إياه على أن يرده إليه أو كان المرتهن أعاد الرهن إلى راهنه باختياره؛ يعني باختيار من المرتهن للراهن فيه، إما بأن أودعه إياه أو أجره منه أو بأي وجه كان فإنه يكون له حينئذ أن [يستعيده[1592]] إلا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير أو بيع أو قيام الغرماء أو موته./ ذكر ذلك أبو الحسن الصغير وغيره، أو يرهنه عند غريم آخر. نص عليه الرجراجي. فحاصل كلام المصنف أن العارية إذا كانت على الرد فإن الرهن لا يبطل بها، وذلك شامل لصورتين: إحداهما أن تكون مؤجلة، والثانية أن لا تكون مؤجلة، ولكن إعارة على رد الرهن.

14

قال في التوضيح: قال اللخمي: فإن كانت العارية مؤجلة ارتجعها إذا انقضى الأجل، ويختلف إذا لم يكن ضرب أجلا لأن العارية لا أمد لها، وقد قيل في هذا الأصل إنه يبقى إلى مدة يرى أنه يعير لمثلها. خليل: وقد يقال لا يلزمه هنا التأخير إلى مدة يمكن الانتفاع به، ويفرق بين هذه العارية وغيرها بأن بقاء الرهن بيد الراهن يضعف حيازة المرتهن. اهـ. وقوله: ["أو اختيارا"[1593]] يعني إذا رد المرتهن الرهن باختياره؛ يعني بغير العارية لتقدم حكمها بل على سبيل الوديعة أو الإجارة كما تقدم بيانه. قال في التوضيح: اللخمي: وإنما يرجع في الإجارة إذا انقضت مدتها، فإذا قام قبل ذلك وقال جهلت أن ذلك نقض لرهني وأشبه ما قال حلف ورده ما لم تقم الغرماء، فإن قلت كيف تتصور الإجارة والغلات إنما هي للراهن فكيف يتصور أن يستأجر من نفسه؟ قيل يحمل ذلك على ما إذا كان المرتهن [أكراه[1594]] ثم اكتراه للراهن. اهـ.

فرع: إذا كان الرهن مصحفا أو كتبا وقرأ فيها الراهن عند المرتهن دون أن يخرجها من يده فلا يبطل الرهن بذلك، أذن المرتهن فيه أم لا، إلا أن يكون رهنه على ذلك. اهـ من رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون.

ص: **وغصبا فله أخذه مطلقا** ش: قال الشارح: سواء فات بما ذكر أم لا، قام غرماؤه أم لا، ونحوه في التوضيح في شرح قوله: فلو عاد اختيارا، وانظر قولهما: فات بما ذكر أم لا كيف يأخذه إذا فات بعتق ونحوه وكان الراهن مليا؟ فإن غاية ذلك أن يكون بمنزلة ما إذا [أعتق[1595]] الراهن وهو بيد المرتهن، وسيأتي أن عتق [الموسر[1596]] وكتابته تمضي، فكذلك هنا. والله أعلم.

الحديث ....

1591 *- في المطبوع أو اختيار له وما بين المعقوفين من م5 وسيد3 ويحيى5 والشيخ10.

1592 - في المطبوع والشيخ10 يستعيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص13 وم5 ويحيى6.

1593 - في المطبوع اختيار وما بين المعقوفين من سيد3 والشيخ10 ويحيى6.

1594 - في المطبوع اكتراه وما بين المعقوفين من ذي ص14 وم5 والشيخ10 ويحيى6 وسيد3.

1595 - في المطبوع والشيخ11 وسيد3 عتق وما بين المعقوفين من ذي ص14 وم6 ويحيى6.

1596 - في المطبوع المدبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص14 وم6 ويحيى6 والشيخ11.

نص خليل وَإلاَّ بُقِّيَ وَصَحَّ بِتَوْكِيلِ مُكَاتَبِ الرَّاهِنِ فِي حَوْزِهِ وَكَذَا أَخُوهُ عَلَى الأَصَحِّ.

متن الحطاب ص: وإلا بقي ش: أي وإن لم يكن الواطىء مليا بقي الرهن إلى [أجله،[1597]] ثم بيعت الأمة الرهن بعد الوضع وحلول الأجل، فإن وفى ثمنها بالدين فلا إشكال، وإن نقص ثمنها عن الدين اتبع المرتهن السيد. قاله في المدونة. وإن كان فيه فضل بيع منها بقدر الدين. قال في التوضيح: وعتق ما بقي، وقاله ابن رشد في رسم حبل الحبلة المذكور بعد هذا، وذكر أبو الحسن في عتق ما بقي [وإبقاء[1598]] بعض أم ولد خلافا، وإن لم يوجد من يبتاع البعض بيعت كلها وقضي المرتهن. قال في التوضيح: وكان ما بقي للراهن يصنع به ما شاء، وقال ابن رشد في [رسم[1599]] حبل الحبلة من سماع عيسى: يتصدق به لأنه ثمن أم ولد. قال: وقد قيل إنها تباع كلها وإن وجد من يبتاع منها بقدر الدين من أجل الضرر الذي عليها في تبعيض العتق. والله أعلم.

تنبيه: إذا بيعت يكون لها حضانة ولدها ما لم يسافر بها مبتاعها أو يريد أبو الولد السفر به كما تقدم في الحضانة، وهذه إحدى المسائل التي تباع فيها أم الولد، وهي ست، ويعبر عنها أيضا بوجه آخر فيقال في هذه المسائل تكون الأمة حاملا بحر.

قلت: ويضاف إلى ذلك الأمة المستحقة، والأمة الغارة، وأمة المكاتب إذا مات وفيها وفاء بالكتابة وله ولد فإنه يبيع أمه ويوفي الكتابة، وذكر ابن غازي هنا المسائل التي تباع فيها أم الولد، وذكر عكسها وذلك في محل واحد، كما ذكره في التوضيح، ونصه: وذلك في العبد إذا وطىء جاريته وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه لها حتى أعتقه، فإن عتق العبد أمته ماض وتكون حرة، والولد الذي في بطنها رقيق لأنه للسيد. قال في الجلاب: ولو أعتقها بعد عتقه لم تعتق حتى تضع حملها. والله أعلم. اهـ كلام التوضيح. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: [وقبله[1600]] شيخنا/ أبو مهدي قائلا: هو المذهب، ومحمله على أن الولد وضعته قبل عتق السيد، وأما لو كان في بطن أمه حين العتق فإنه يتبع أمه. اهـ. وظاهر كلامه في التوضيح أن الجنين لا يعتق، ولو أعتق السيد العبد وأمته حامل، وهو الذي يفهم من كلامه في المدونة في كتاب أمهات الأولاد، فإنه ذكر فيه ما ذكره المصنف في التوضيح عن ابن الجلاب، ونصه: ولو أعتقها المأذون بعد أن عتق لم أعجل لها ذلك، وكانت حدودها حدود أمة [حتى[1601]] تضع فيرق الولد للسيد الأعلى وتعتق هي بالعتق الأول فيها بغير إحداث عتق. اهـ. وإذا كان هذا الحكم فيما إذا أعتقها العبد بعد عتقه فأحرى أن يكون ذلك حكمها إذا أعتقها في حال رقه؛ لأن عتقه بعد أن عتق أقوى من عتقه قبل أن عتق، وعلم من كلامه في المدونة أنه لا يحكم لها بالحرية حتى تضع، فقول المصنف وغيره إنها حرة حاملة بعبد فيه مسامحة، وبهذا تعلم صحة قول القاضي عبد الوهاب: لا توجد حرة حاملة بعبد، وسقط اعتراض ابن ناجي عليه لما ذكره الشيخ خليل. فتأمله. والله أعلم.

15

الحديث ....

1597 *- في المطبوع أصله وما بين المعقوفين من م6 ويحيى6 والشيخ11 وسيد3.

1598 - في المطبوع وإيقافه وم6 ويحيى6 والشيخ11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص14.

1599 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص14 وم6 ويحيى6 والشيخ11.

1600 *- في المطبوع قبله وما بين المعقوفين من الشيخ11 وسيد3.

1601 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص15 وم6 ويحيى6 والشيخ11 وسيد3.

نص خليل لاَ مَحْجُورِهِ وَرَقِيقِهِ وَالْقَوْلُ لِطَالِبِ تَحْوِيزِهِ لأمِينٍ وَفِي تَعْيِينِهِ نَظَرَ الْحَاكِمُ وَإِنْ سَلَّمَهُ دُونَ إِذْنِهِمَا فَإِنْ سَلَّمَهُ لِلْمُرْتَهِنِ ضَمِنَ قِيمَتَهُ وَلِلرَّاهِنِ ضَمِنَهَا أَوِ الثَّمَنَ وَانْدَرَجَ صُوفٌ تَمَّ وَجَنِينٌ.

متن الحطاب ص: [لا[1602]] محجوره ش: قال في الشامل: وإن ولدا كبيرا، وكذا إن لم يكن تحت نظره على الأصح، وقاله عبد الملك في الابن والبنت.اهـ. ونحوه في التوضيح.

فرع: وكذا زوجته مثل محجوره على الأصح. قاله في التوضيح وفي الشامل أيضا، ولعل المصنف اكتفى بذكر محجوره عنها لدخولها في المحجور لأنها محجورة فيما زاد على الثلث وإن كان لا يطلق عليها في الاصطلاح.

ص: ورقيقه ش: قال في الشامل: وإن مأذونا له.

فرعان: الأول: قال في التوضيح: المازري: وأما حوز القيم بأمور [الراهن[1603]] والمتصرف في ماله [وشؤونه[1604]] فقد وقع في الرواية أنه إن حاز جميع الرهن كدار رهن الراهن جميعها فحازها القائم بشؤون الراهن للمرتهن بإذنه فذلك حوز لا يبطل الرهن، وإن كان إنما رهن الراهن نصفها وأبقى النصف الآخر بيد القائم بشؤونه فلا يصح؛ لكون الجزء الآخر الذي لم يرتهن [بحوزه[1605]] هذا القائم نيابة عن الراهن وهو غير مميز من الجزء المرتهن فكأن يد الراهن على جميع الرهن. اهـ. وقاله ابن الماجشون، وزاد إلا أن يكون القيم عبدا فلا يحوز -يعني لما رهن- لأن حوز العبد من حوز سيده، سواء كان مأذونا له أم لا. انتهى.

الثاني: قال في التوضيح أيضا: عبد الملك: ولو كان ليتيم وليان فأخذ أحدهما لليتيم دينا ورهن فيه رهنا ووضع على يد أحدهما فليس بحوز؛ لأن الولاية لهما، ولا يحوز المرء على نفسه. اهـ.

ص: وإن أسلمه دون إذنهما للمرتهن ضمن قيمته وللراهن ضمنها أو الثمن ش: اعلم أنه إن اطلع على تسليم الرهن لراهنه قبل هلاك الرهن وقبل حصول مانع يمنع من الرهن [من[1606]] تفليسه أو قيام الغرماء عليه فإن للمرتهن أن يرده، فإن حصل أو هلك فهو محل الضمان، ومحل ذلك أيضا ما لم يعلم المرتهن بذلك فيسكت كما قاله ابن يونس، وقاله في سماع عيسى، وقول المصنف: "وللراهن ضمنها أو الثمن" كذا في النسخ التي رأيتها، وصوابه أو الدين؛ أي وإن أسلمه للراهن ضمن للمرتهن قيمة الرهن أو الدين كما قاله ابن يونس وغيره، ونقله في التوضيح، ونص ما في التوضيح عن

16 المدونة: فإن دفعه إلى الراهن ضمنه للمرتهن وإن كان الدين/ [أقل. ابن[1607]] يونس وغيره: يريد أنه يضمن له الأقل من قيمته أو الدين؛ لأنه إن كانت قيمته أقل فهو الذي أتلفه عليه، وإن كان الدين أقل لم تكن له المطالبة بغيره. اهـ.

فرع: متى تعتبر القيمة، [الظاهر[1608]] أنها يوم هلاكه؛ يؤخذ ذلك مما ذكره في سماع عيسى فيما إذا أسلم العدل الأمة الرهن للراهن ووطئها الراهن أنه يغرم قيمتها يوم الوطء. والله أعلم.

الحديث ....

[1602] – في المطبوع والشيخ11 ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص15 وم6 ويحيى6 وسيد3.

[1603] *– في المطبوع وسيد3 الرهن وما بين المعقوفين من م6 ويحيى6 والشيخ11 والتوضيح ج2 ص669.

[1604] *– في المطبوع من شؤونه وما بين المعقوفين من م6 ويحيى6 والشيخ11 وسيد3 والتوضيح ج2 ص669.

[1605] *– في التوضيح ج6 ص113 بحوز.

[1606] *– في المطبوع وسيد3 والشيخ12 في وما بين المعقوفين من يحيى6.

[1607] – في المطبوع ثم وما بين المعقوفين من ن عدود ص16 (وفي م6 ويحيى6 والشيخ12 وسيد3 للمرتهن ابن يونس).

[1608] – في المطبوع والظاهر وما بين المعقوفين من يحيى7 وسيد4 والشيخ12.

نص خليل

وَفَرْخُ نَخْل لاَ غَلَّة وَثَمَرَة وَإِنْ وُجِدَتْ وَمَالُ عَبْدٍ وَارْتَهَنَ إِنْ أَقْرَضَ أَوْ بَاعَ أَوْ يَعْمَل لَهُ وَإِنْ فِي جُعْل لاَ فِي مُعَيَّن أَوْ مَنْفَعَتِهِ وَنَجْم كِتَابَةٍ مِنْ أَجْنَبِي وَجَازَ شَرْطُ مَنْفَعَتِهِ إِنْ عُيِنَتْ بِبَيْع لاَ قَرْض وَفِي ضَمَانِهِ إِذَا تَلِفَ تَرَدُّدٌ وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ إِنْ شُرِطَ بِبَيْعٍ وَعُيِّنَ وَإِلاَّ فَرَهْنٌ ثِقَة وَالْحَوْزُ بَعْدَ مَانِعِهِ لاَ يُفِيدُ وَلَوْ شَهِدَ الأَمِينُ.

متن الحطاب

ص: **وفرخ نخل** ش: المعنى صحيح سواء قرىء بالحاء أو بالخاء. قال في القاموس: الفرخ ولد الطائر وكل صغير من الحيوان أو النبات، والجمع أفراخ وأفرخ وفراخ وفروخ وأفرخة وفرخان، والزرع المتهيىء [للانشقاق،[1609]] وفرخ الزرع نبت أفراخه. اهـ.

ص: **وإن في جعل** ش: يعني أنه يصح الرهن في الدين اللازم أو الآيل للزوم كالجعل فإنه عقد غير لازم، ولكنه يلزم بالشروع.

ص: **لا في معين أو [منفعته[1610]]** ش: يعني أن من شروط المرهون به أن يكون دينا في الذمة لازما له. قال في كتاب الرهون من المدونة: وإن استعرت من رجل دابة على أنها مضمونة عليك لم تضمنها، وإن رهنته بها فمصيبتها من ربها والرهن فيها لا يجوز، [فإن ضاع الرهن عنده ضمن إذ لم ياخذه على الأمانة. انتهى. قال أبو الحسن: قوله لا يجوز أي لا ينعقد ولا يلزم، وقال أشهب مرة هو رهن، ومرة[1611]] إن أصيبت الدابة بما يضمنها به فهو رهن، وإن كان بأمر من الله بغير تعد لم يكن رهنا؛ إذ لا يضمن ذلك. اهـ. وعلى هذا فلا يكون أحق به من الغرماء. ثم قال في المدونة: ويجوز الرهن بالعارية التي يغاب عليها لأنها مضمونة. قال أبو الحسن: كأنه يقول لا أعيرك إلا أن تعطيني رهنا على تقدير هلاك العارية .اهـ . ثم قال فيها: ومن أخذ رهنا بقراض لم يجز؛ إلا أنه إن ضاع ضمنه إذ لم يأخذه على الأمانة. وفيها أيضا: من استأجر عبدا من رجل وأعطاه بالإجارة رهنا جاز. قال أبو الحسن: لأنه يجوز الرهن بثمن المنافع كما يجوز بثمن الأعيان. اهـ.

17

ص: **ونجم كتابة من أجنبي** ش: فرق بين الأجنبي والمكاتب تبعا للمدونة. /

ص: **وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض** ش: ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الحيوان وغيره، وهو اختيار ابن القاسم، وفي المدونة: لا بأس به في الدور والأرضين، وكرهه مالك في الثياب والحيوان؛ إذ لا يدري كيف يرجع إليه، وقال ابن القاسم لا بأس به في الحيوان والثياب وغيرها، ولمالك كقول ابن القاسم، وبه قال أصبغ وأشهب. اهـ من التوضيح. ويفهم من كلام المصنف أنه مشى على مذهب ابن القاسم من ذكره مسألة الضمان؛ لأنه لا يكون إلا في الثياب وما يغاب عليه. فتأمله.

تنبيه: انظر إذا اشترط المنفعة في الوجه الممنوع واستعمله ما يلزمه.

ص: **وفي ضمانه إذا تلف تردد** ش: ذكر في التوضيح عن ابن رشد أنه قال: الصواب أن يغلب عليه حكم الرهن. اهـ. فحقه أن يقول وضمانه كالرهن على الأظهر.

ص: **وأجبر عليه إن شرط ببيع وعين وإلا فرهن ثقة** ش: انظر كلام المدونة عند قول المصنف: "كشرط رهن أو حميل" في البيوع الفاسدة.

الحديث

....

[1609] – في المطبوع وم6 للاشتقاق وما بين المعقوفين من ذي ص16 ويحيى7 وسيد3 والقاموس.

[1610] – في المطبوع منفعة وما بين المعقوفين من م6 والشيخ12 وسيد3.

[1611] – في المطبوع ولا ينفذ ولا يلزم وم6 ويحيى7 والشيخ12 وسيد3 وقال أشهب هو رهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص16.

نص خليل وَهَلْ تَكْفِي بَيِنَة عَلَى الْحَوْزِ قَبْلَهُ وَبِهِ عُمِلَ أَوِ التَّحْوِيزِ تَأوِيلاَنِ وَفِيهَا دَلِيلُهُمَا.

متن الحطاب ص: **وهل تكفي بينة على الحوز قبله وبه عمل أو التحويز تاويلان وفيها دليلهما** ش: أشار بذلك لظاهر كلام المدونة في كتاب الهبة، ونصه: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة، ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز. اهـ. ووجه كون كلامها المذكور دالا على القولين ما ذكره المصنف في التوضيح [في عبارة ابن الحاجب، فإنها كعبارة المدونة وجعلها محتملة لكل من القولين، إلا أن مفهوم المعاينة يدل على [التحويز.[1612] قال ابن الحاجب: ويد المرتهن بعد الموت والفلس لا يثبت بها الحوز وإن اتفقا إلا بالبينة بمعاينة أنه حاز قبله.

قال المصنف في التوضيح:[1613]] يعني إذا وجد بيد من له دين على شخص سلعة للمدين بعد موته أو فلسه وادعى أنها رهن عنده لم يصدق في ذلك ولو وافقه المرتهن؛ خشية أن يتقاررا لإسقاط حق الغرماء. عبد الملك: في الموازية والمجموعة ولا ينفعه ذلك حتى يعلم أنه حازه قبل الموت والفلس. محمد: [صوابه[1614]] لا ينفعه إلا معاينة الحوز، وهو الذي ذكره اللخمي أنه لا بد من معاينة البينة لقبض المرتهن.

18 وذكر ابن يونس في/ كتاب الرهن قولين؛ أعني [هل[1615]] يكتفى بمعاينة الحوز أو التحويز؟ واختار الباجي الحوز قال: [ولعله معنى[1616]] قول محمد، ولكن ظاهر لفظه خلافه، وذكر ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين أن الذي جرى عليه العمل عندهم إذا وجد الرهن بيد المرتهن، وقد حازه كان رهنا وإن لم يحضروا الحيازة، وقول المصنف -يعني ابن الحاجب-: "بمعاينة أنه حاز" يحتمل كلا من القولين، لكن المفهوم من المعاينة أنه لا بد من الشهادة على التحويز. اهـ. فما ذكره المصنف من الاحتمال في قول ابن الحاجب: "إلا بالبينة بمعاينة أنه حاز" يأتي مثله في قول المدونة: إلا بمعاينة البينة لحوزه. فعلم من هذا صحة ما أشار إليه المصنف بقوله: "وفيها دليلهما"، وسقط [عنه[1617]] اعتراض الشارح وابن غازي فتأمله. والله أعلم.

وأما ابن عبد السلام فأول كلامه يقتضي أن كلام ابن الحاجب محتمل لكل من القولين، وآخره يقتضي قصره على الحوز فقط، ونصه إثر كلام ابن الحاجب المتقدم: وظاهر كلام المصنف أن مجرد معاينة البينة لحصول الرهن بيد المرتهن قبل الموت والفلس كاف في الحوز، سواء كان بتحويز من الراهن له أو لم يكن، وكلام المصنف عندي صحيح، وهو موافق في المعنى لما قاله الباجي. اهـ. وذكر عن الباجي مثل ما نقل عنه في التوضيح أنه اختار الحوز فتأمله. وبعض الأندلسيين الذي أشار إليه ابن عبد السلام هو ابن عات كما قال ابن غازي، وكلامه المذكور هو [في طرره[1618]] في أول الجزء الثامن في ترجمة وثيقة قرض، وكلامه فيها أتم مما نقله عنه ابن عبد السلام، ونصه: ومن الاستغناء إن كانت الحيازة بالمعاينة جاز، ويخرج من إرادته إلى إرادة المرتهن

الحديث ....

1612 *- في المطبوع التجويز وما بين المعقوفين من م7 ويحيى7 والشيخ13.

1613 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص17 وم7 ويحيى7 والشيخ13.

1614 - في المطبوع صواب وم7 وما بين المعقوفين من ن عدود ص17 ويحيى7 والشيخ13.

1615 *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص18 وم7 ويحيى7 والشيخ13.

1616 - في المطبوع ولعل معناه وما بين المعقوفين من ذي ص18 وم7 ويحيى7 والشيخ13.

1617 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى7 والشيخ13.

1618 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص18 وم7 ويحيى7 والشيخ13.

نص خليل ....

متن الحطاب وملكه والعمل على أنه إذا وجد بيده، وقد حازه كان رهنا وإن لم يحضروا الحيازة ولا عاينوها لأنه صار مقبوضا، وكذلك الصدقة .اهـ. فقول المصنف: "وبه عمل" أشار به لكلام صاحب الطرر. والله أعلم. وانظر رسم الرهون الثاني من سماع عيسى من كتاب الرهون، وكلام ابن رشد هناك فإن فيه شيئا مما يتعلق بالكلام على هذه المسألة.

مسألة: سئل ابن رشد عن مفلس وجد بيد بعض غرمائه متاع زعم أنه رهن عنده وصدقه المفلس ونازعه الغرماء، فسألهم على أي وجه هو عندي؟ فقالوا لا يلزمنا ولا ندري، وكيف إن ادعى عليهم علم الرهن وفيهم من لا يلزمه العلم؟ وكيف إن خاصمه بعضهم في الرهن؟ فقال: حتى يجتمعوا. فأجاب: لا يصدق المفلس بعد التفليس في تصديقه للذي عنده المتاع في أنه عنده رهن رهنه إياه قبل التفليس ويتحاص فيه الغرماء وإن قالوا لا ندري ما يدعي من أنه رهن رهنه إياه قبل التفليس، إلا أن تقوم على ارتهانه إياه قبل التفليس، بينة، وإن ادعى عليهم معرفة ذلك فعليهم اليمين، ولا يجتزىء بعضهم بيمين بعض، ومن حلف منهم أخذ ما وجب له بالمحاصة ومن نكل منهم رجع حظه فيه إليه بعد يمينه. اهـ من نوازله. ومن النوازل المذكورة: وسأل القاضي عياض ابن رشد عن مفلس قام بعض غرمائه بعقد يتضمن رهنه لدار سكناه قبل تفليسه، وشهدت البينة بتحويز المديان الراهن للغريم [المرتهن الدار المذكورة ومشاهدتهم لها خالية من الساكن والأثاث وغلق [الراهن[1619]] لها ودفع مفاتيحها للغريم،[1620]].

وقال سائر الغرماء لم يزل الراهن [عنها[1621]] ولا فارقها، وإنه الآن ساكن فيها، وإن ذلك كله تحيل لإبطال حقهم، وشهد لهم جماعة الجيران، ومنهم من يقول إن المديان المذكور لم يفارق الدار المذكورة إلا حين تفليسه، وكشف القاضي عن الدار فوجدها مشغولة بأهل الراهن وأثاثه فوقف المرتهن على ذلك فقال لا علم لي بشيء من هذا، وأنا حزت رهني بحضرة بينتي، وأخذت المفتاح وأكريتها من مكتر، وأثبت عند القاضي الكراء المذكور، وإن كان المديان قد رجع إليها فقد افتات علي ولم أعلم به، وجهالته بذلك تبعد من جهة النظر وصورة الحال وشهادة بعض الجيران بأن المرتهن عالم بكون المديان في الدار المذكورة من قوله واجتماعه به فيها فهل يقدح ذلك في الحيازة؟ فأجاب: ما ذكرته فيه موهن للحيازة، قادح فيها ومؤثر في/ صحتها، وقد قال تعالى: ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فلا ينبغي أن ينفذ الرهن إلا بالحيازة الصحيحة التي لا علة فيها، وقد قال مالك في أحد أقواله إنَّ رَهْنَ من أحاط الدين بماله لا يجوز، ومراعاة الخلاف أصل من أصول مالك، فإذا حكمت بإبطال [رهن[1622]] هذه الدار، وقضيت بمحاصة جميع الغرماء فيها كنت قد أخذت بالثقة ولم تحكم بالشك ووافقت الحق. اهـ من مسائل الحجر والتفليس. وقال في العتبية في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب الرهون: مسألة: إذا عاد الرهن لراهنه فلا يبطل إلا إذا علم المرتهن بذلك، وفيها مسائل وفوائد فانظرها هناك. والله أعلم.

19

الحديث ....

[1619] *- في المطبوع الرهن وما بين المعقوفين من يحيى8 وم7 وفتاوي ابن رشد ج2 ص1135.

[1620] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص18 وم7 ويحيى8 والشيخ 14.

[1621] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من عدود ص18 وم7 ويحيى8 والشيخ14.

[1622] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في ذي ص19 وم8 والشيخ14 ويحيى8.

نص خليل وَمَضى بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ إِنْ فَرَّطَ مُرْتَهِنُهُ وَإِلاَّ فَتَأْويلاَنِ وَبَعْدَهُ فَلَهُ رَدُّهُ إِنْ بِيعَ بِأَقَلَّ أَوْ دَيْنُهُ عَرْضًا وَإِنْ أَجَازَ تَعَجَّلَ وَبَقِيَ إِنْ دَبَّرَهُ.

متن الحطاب ص: ومضى بيعه قبل قبضه إن فرط مرتهنه وإلا فتأويلان ش: يعني أن الراهن إذا باع الرهن قبل أن يقبضه المرتهن فإن كان بتفريط منه مضى البيع؛ يريد وليس له أخذه برهن آخر. قاله في المدونة، ونقله عنها المصنف وغيره، وقول المصنف: "مضى" يفهم منه أنه لا يجوز ابتداء، وهو كذلك قاله في التوضيح، وأما إذا كان المرتهن لم يفرط وإنما بادر الراهن إلى البيع فقال المصنف فيه تأويلان؛ يشير بذلك إلى ما ذكره في توضيحه، وذكره ابن عرفة وغيره من تأويل ابن أبي زيد وتأويل ابن القصار. قال في التوضيح: تأول ابن القصار وغيره المدونة على أن المرتهن فرط في قبض الرهن [وتوانى؛[1623]] لقوله: لأن تركك إياه الخ ولو لم يكن من المرتهن تفريط ولا توان لكان له مقال في رد البيع، فإن فات بيد مشتريه كان الثمن رهنا، وتأولها الشيخ ابن أبي زيد على أنه تراخى في القبض، وإن لم يتراخ فبادر الراهن للبيع لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان الثمن رهنا. اهـ.
ونقل ابن عرفة وأبو الحسن تأويل غير ابن أبي زيد عن القاضي عياض بلفظ: وقال غيره – [يعني[1624]] غير أبي محمد-: لا يجوز هنا بيعه ويرد ويبقى رهنا، فإن فات [بيد[1625]] مشتريه كان الثمن رهنا. اهـ. فمعنى كلام المصنف وإن لم يفرط ففي إمضاء البيع كما في التفريط وعدم إمضائه تأويلان. قال أبو الحسن: قال عياض في تأويل أبي محمد: هو الذي يلائم ما قال في كتاب المديان فيما إذا كان الميت موصوفا بالدين وباع الورثة متاع الميت مبادرة للغرماء فلهم أخذ عروضه ونقض البيع. اهـ. ولنذكر لفظ المدونة ليظهر لك التأويلان قال: وإن بعت من رجل سلعة على أن يرهنك عبده ميمونا بحقك ففارقك قبل قبضه لم يبطل الرهن، ولك أخذه منه رهنا ما لم تقم الغرماء فتكون أسوتهم، فإن باعه قبل أن تقبضه منه مضى البيع، وليس لك أخذه برهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك وبيعك الأول غير منتقض. اهـ.
وقال ابن رشد إنه ليس له رد البيع، وإنما له فسخ البيع عن نفسه لأنه إنما دخل على ذلك الرهن بعينه. ذكر ذلك في رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب الرهون. ولنذكر كلام السماع وكلام ابن رشد عليه. قال في السماع: وكل رهن لم يقبض من الراهن [ويحز[1626]] عنه فأمر الراهن فيه جائز إن أعتق أو وطىء أو باع أو وهب أو نحل أو تصدق إذا كان موسرا، ويؤخذ منه ما عليه من الدين ويعطى صاحبه، وإن لم يكن موسرا لم يجز منه شيء إلا أن يطأ الأمة فتحمل أو شيئا يبيعه فينفذ بيعه، فأما عتق أو هبة أو صدقة فإنه لا يجوز إلا أن يكون موسرا؛ لأنه لم يقبض فليس هو برهن، وأما إن فلس قبل أن يقبض المرتهن كان أسوة الغرماء. قال/ ابن رشد: هذه مسألة صحيحة لا إشكال فيها، ولا اختلاف في شيء من وجوهها. ثم قال: وهذا إذا طاع الراهن للمرتهن بالرهن بعد عقد البيع أو بعد عقد السلف، وأما إذا باعه بيعا أو أسلفه سلفا على أن يرهنه عبدا سماه فباعه أو أعتقه فلا حق للمرتهن فيه، ولا شيء له على الراهن المبتاع؛ لأنه قد ترك رهنه بتفريطه في قبضه، وإن كان

20

الحديث ....

[1623] – ساقطة من المطبوع وم7 وما بين المعقوفين من ن عدود ص19 ويحيى8 والشيخ14.
[1624] *– في المطبوع يعتق.
[1625] *– في المطبوع ببيع.
[1626] *– في المطبوع ويحيى8 وم7 والشيخ15 ويحاز وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج11 ص77.

نص خليل
....

متن الحطاب

أعتقه أو باعه بفور رهنه إياه دون أن يطول، ولم يكن من المرتهن تفريط في قبضه بعد العتق والبيع كان للمرتهن أن يفسخ البيع عن نفسه؛ لأنه إنما باعه على ذلك الرهن بعينه، فلما فوته عليه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة، أو قيمتها إن كانت فائتة. هذا معنى ما في كتاب الرهون من المدونة. وقد قيل إن الثمن يوضع له رهنا. قاله أبو إسحاق التونسي على قياس قول أشهب في الراهن يكاتب العبد الرهن قبل أن يقبضه المرتهن، وفي كتاب ابن المواز أنه يوضع له [رهن[1627]] مكانه، وقد سأله عن هذا في الموازية فلم يجبه، وهذا إذا كان المرتهن قد دفع السلعة أو السلف، وأما إن كانت سلعته لم تخرج من يده ولا سلفه فهو أحق بسلعته وسلفه، سواء فرط في القبض أو لم يفرط . اهـ كلام ابن رشد. وقوله: "ولا شيء له على الراهن المبتاع" يعني الذي ابتاع السلعة من المرتهن على أن يرهنه العبد المسمى فباعه، وما قاله ابن رشد هو أولى مما قاله غيره، ويكون ذلك بمنزلة ما لو استحق عند ابن القاسم، واختيار اللخمي في هذه المسألة مثل قول ابن القصار وغيره. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: علم من كلام ابن رشد أن الحكم المتقدم إنما هو إذا كان الرهن مشترطا في أصل العقد أو السلف، وأما إذا طاع به الراهن للمرتهن بعد عقد البيع أو السلف فحكمه حكم بيع الهبة قبل قبضها، ونقل ذلك في التوضيح عن القاضي عياض عن بعض شيوخه، ونصه: عياض: وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا الكلام فيما إذا كان الرهن مشترطا في أصل العقد، وأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه حكم بيع الهبة قبل قبضها، ونقله ابن عبد السلام عن غير واحد. انتهى.

الثاني: قال في التوضيح: قيد ابن المواز وغيره ما تقدم من إمضاء بيع الرهن ولا طلب له برهن آخر بما إذا أسلم البائع السلعة، ولو بقيت بيده لم يلزمه تسليمها، فرط أم لا، حتى يأتيه برهن. اهـ. ونقله ابن عرفة عن عياض بلفظ: قال بعض الشيوخ، وابن عبد السلام بلفظ: وأشار غير واحد، ونقله ابن رشد في كلامه المتقدم على أنه المذهب. والله أعلم.

الثالث: علم مما تقدم أن شيوخ المدونة لم يختلفوا في أن المرتهن إذا لم يفرط لا يبطل حقه بالكلية، وإنما اختلفوا هل له رد البيع إن لم يفت وأخذ الرهن، وإن فات كان الثمن رهنا أو ليس له رد البيع فات أو لم يفت ويكون الثمن رهنا، وعلى ما قاله ابن رشد ليس له رد البيع الصادر من الراهن في الرهن وله فسخ البيع عن نفسه، وعلى ما نقله عن كتاب ابن المواز ليس له رد البيع، ويوضع له رهن مكانه. اهـ.

الرابع: إن قيل ما الفرق على قول ابن القاسم بين ما إذا باع الراهن الرهن المعين قبل قبضه ولم يفرط المرتهن فاختلف فيه كما تقدم، وأما إذا استحق الرهن المعين قبل القبض أيضا فقال ابن القاسم يخير البائع في رد البيع وإمضائه، ولو أتاه الراهن برهن آخر قيل الفرق بينهما أن الرهن المشترط قد ذهب بالكلية في الاستحقاق ولم يؤخذ له عوض فلا يلزم المرتهن أخذ رهن آخر، بخلاف البيع فإنه وجد شيء ناشيء عنه معوض به فكأنه باق، وفيه نظر.

الحديث
....

[1627] – في المطبوع وم8 رهنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص20 ويحيى8 والشيخ15.

نص خليل

وَمَضَى عِتْقُ الْمُوسِرِ وَكِتَابَتُهُ وَعَجَّلَ وَالْمُعْسِرُ يَبْقَى فَإِذا تَعَذَّرَ بَيْعُ بَعْضِهِ بِيعَ كُلُّهُ وَالْبَاقِي لِلرَّاهِنِ وَمُنِعَ الْعَبْدُ مِنْ وَطْءِ أَمَتِهِ الْمَرْهُونِ هُوَ مَعَهَا وَحُدَّ مُرْتَهِنٌ وَطِئَ إلاَّ بِإِذْنٍ وَتُقَوَّمُ بِلا وَلَدٍ حَمَلَتْ أَمْ لاَ وَلِلأَمِينِ بَيْعُهُ بِإِذْنٍ فِي عَقْدِهِ إن لَّمْ يَقُلْ إن لَّمْ آتِ.

متن الحطاب

الخامس: قد علم أن هذه المسألة في الرهن المعين، وأما لو باعه على رهن مضمون، ثم بعد ذلك سمى له رهنا ثم باعه فلا كلام أنه يلزمه الإتيان ببدله؛ لأنه إنما دخل على رهن مضمون، وكما لو استحق فإنه قد تقدم عن اللخمي في قول المؤلف: "كشرط رهن أو حميل" أنه يلزمه الإتيان ببدله، وكلامهم هنا إنما يفرضونه في رهن معين. والله أعلم./ 21

ص: **ومضى عتق الموسر وكتابته وعجل** ش: أفاد بقوله: "مضى" أن ذلك لا يجوز ابتداء، وكذلك تدبيره كما قاله في التوضيح ناقلا عن المدونة وغيرها، وظاهر كلام المصنف أن الحكم كما ذكر، سواء كان ذلك قبل الحوز أو بعده. قال في التوضيح: وهو ظاهر المدونة، وصرح به ابن القاسم في العتبية، وهو في سماع عيسى. قوله: "وعجل" ظاهره يعجل جميع الدين ولو كان أكثر من قيمة العبد. قال أبو الحسن: وهو ظاهر تأويل ابن يونس.

ص: **والمعسر يبقى** ش: يعني أن عبد الراهن المعسر يبقى إلى الأجل، وظاهره في العتق والكتابة؛ فأما العتق فظاهر كما صرح [به[1628]] في المدونة والكتابة كذلك. قال الرجراجي: وأما الكتابة والتدبير فإن كان الراهن معسرا فإنه يبقى رهنا إلى أجل الدين، مكاتبا كان أو مدبرا، وإن كان موسرا ففيها ثلاثة أقوال: مذهب ابن القاسم في الكتاب التفصيل بين الكتابة تعجل كالعتق، والتدبير يبقى [فيه[1629]] رهنا. قال في الشامل: فإن أدى ما عليه ولو من أجنبي مضى، وإن تعذر بيع بعضه [بيع[1630]] كله. اهـ. وظاهره في العتق والكتابة. والله أعلم.

ص: **وحد مرتهن وطىء إلا بإذن وتقوم بلا ولد حملت أم لا** ش: قال في المدونة: وإن وطئها -يعني الأمة الرهن- المرتهن فولدت منه حد ولم يلحق به الولد، وكان مع الأمة رهنا، وعليه للراهن ما نقصها الوطء بكرا أو ثيبا إذا أكرهها، [وكذلك[1631]] إن طاوعته وهي بكر، فإن كانت ثيبا فلا شيء [عليه،[1632]] والمرتهن وغيره في ذلك سواء. اهـ قال ابن يونس: والصواب أن عليه ما نقصها وإن طاوعته، بكرا كانت أو ثيبا، وهو أشد من الإكراه؛ لأنها لا تعد مع الإكراه زانية، وفي الطوع هي زانية، فقد أدخل على سيدها عيبا فوجب عليه غرم قيمته، ونحو هذا في كتاب المكاتب أن على الأجنبي ما نقصها بكل حال، وقال أشهب إن طاوعته فلا شيء عليه مما نقصها بكرا كانت أو ثيبا [كالحرة. اهـ قال أبو الحسن: فهذه ثلاثة أقوال في الطوع: أحدها: لا شيء عليه، بكرا كانت أو ثيبا، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون. الثاني: عليه ما نقصها، بكرا كانت أو ثيبا، وهو ظاهر[1633]] ما في كتاب

الحديث

....

[1628] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 وم8 ويحيى9 والشيخ16.

[1629] *– في المطبوع فيحاز وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 وم8 ويحيى9 والشيخ16.

[1630] *– في المطبوع كبيع وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص21 وم8 والشيخ16 ويحيى9.

[1631] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

[1632] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

[1633] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 ويحيى9 والشيخ17.

نص خليل كَالْمُرْتَهِنِ بَعْدَهُ.

متن الحطاب المكاتب من المدونة، والثالث: الفرق بين البكر والثيب؛ وهو قوله في الرهون في المدونة في بعض الروايات: وأما إذا غصبها فلا اختلاف أن عليه ما نقصها، بكرا كانت أو ثيبا، وإن كانت صغيرة مثلها يخدع فهي في حكم المغتصبة. انتهى. وقد تقدم نقل الأقوال الثلاثة المذكورة في وطء الغالط في النكاح، وذكرها في الشامل هنا فقال: ويغرم ما نقصها إن أكرهها، وإلا فثالثها الأصح إن كانت بكرا. انتهى. وكذا ذكرها في التوضيح وابن عرفة هنا، فيتحصل عليه أن عليه ما نقصها/ في الإكراه مطلقا، وفي الطوع إن كانت بكرا على الراجح الذي هو مذهب المدونة، وإن كانت ثيبا فرجح ابن يونس أن عليه ما نقصها أيضا. وذكر في الشامل أنه لا شيء عليه على الأصح. والله أعلم. وقوله في المدونة: فولدت قال أبو الحسن: يريد وكذا إن لم تلد [منه[1634]] يعني عليه الحد، سواء حملت أم لا. ثم قال في المدونة: وإن اشترى المرتهن هذه الأمة وولدها لم يعتق عليه ولدها لأنه لم يثبت [نسبه.[1635]] قال ابن [عرفة:[1636]] ونوقض قولها: "لا يعتق الولد" بقولها آخر كتاب أمهات الأولاد: ولو كان الولد جارية لم تحل له أبدا وربما أخذ من عدم عتقه إباحة وطئها كقول عبد الملك قال: وجواب بعض [المغاربة[1637]] بأنه حكم بين حكمين لا يخفى سقوطه على منصف، ويفرق [بينهما[1638]] بأن تأثير مانع احتمال البنوة في حلية الوطء أخف من تأثيره في رفع الملك بالوطء، وقوله: "إلا بإذن وتقوم بلا ولد حملت أم لا" أشار بذلك إلى قوله في الجلاب: ومن ارتهن أمة فوطئها المرتهن فهو زان وعليه الحد ولا يلحق به الولد، وولدها رهن معها يباع ببيعها، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها له ولم تحمل لزم المرتهن قيمتها، وقاصه [الراهن[1639]] بها من حقه الذي له [عليه،[1640]] وإن حملت كانت أم ولد له ولزمته قيمتها دون قيمة ولدها ويقاص بقيمتها من حقه الذي [له.[1641]] اهـ. وهذا الحكم حكم كل أمة محللة أنه لا حد على الواطىء عالما كان أو جاهلا على المشهور، وتقوم عليه وإن لم تحمل كما ذكره المصنف في باب الزنى، والولد لاحق به وهي به أم ولد.

تنبيه: قال الشارح في شرحه هذا المحل: وأما كون الأم تقوم بدون ولدها فلأن المرتهن لا شي عليه من قيمة ولدها، سواء كان موسرا أو معسرا، لأنه غير لا حق به. اهـ. فقوله: "غير لاحق به" غير ظاهر، وصوابه وهو لاحق به كما علمت. والله أعلم.

ص: كالمرتهن بعده ش: يعني يكون للمرتهن بيع الرهن إذا أذن له الراهن في بيعه بعد عقد الرهن فالضمير عائد على عقد الرهن المتقدم في قوله: "بإذن في عقده" وهكذا قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولا يستقل المرتهن بالبيع إلا بإذن بعد الأجل" اعترض قول المصنف: "إلا بإذن بعد

الحديث ....

1634 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم20 والشيخ17 ويحيى9.

1635 – في المطبوع نفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص22 والشيخ17 وم20 ويحيى9.

1636 – في المطبوع يونس وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

1637 – في المطبوع الموثقين وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

1638 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

1639 – في المطبوع المرتهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

1640 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17 (عليها).

1641 – في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم8 ويحيى9 والشيخ17.

نص خليل وَإِلاَّ مَضَى فِيهِمَا.

متن الحطاب الأجل" بأنه لو أذن بعد عقد الرهن وقبل الأجل جاز له بذلك البيع كبعد الأجل. قاله صاحب البيان وابن زرقون، لكن نقل المتيطي عن بعض الموثقين منعه لأنه هدية مديان. اهـ. قال ابن غازي بعد أن نقل كلام التوضيح: والذي لابن رشد في رسم شك من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون أن مذهب المدونة والعتبية أن ذلك لا يجوز ابتداء، لأنها وكالة اضطرار لحاجته إلى ابتياع ما اشترى أو استقراض ما استقرض. قال: وأما لو طاع الراهن للمرتهن بعد العقد بأن يرهنه رهنا ويوكله على بيعه عند أجل الدين لجاز باتفاق؛ لأن ذلك معروف من الراهن إلى المرتهن في الرهن والتوكيل على البيع.انتهى القصد منه. فقف عليه كله في أصله. اهـ كلام ابن غازي. والذي قال ابن رشد أنه لا يجوز ابتداء إنما هو إذا كان ذلك في عقد الرهن، ونصه: واختلف إن شرط المرتهن على الراهن في أصل العقد أنه موكل على بيع الرهن؛ مثل أن يقول أبيعكه بكذا [إلى[1642]] كذا على أن ترهنني كذا وأنا موكل على بيعه دون مؤامرة سلطان على قولين: أحدهما: أن ذلك لازم ليس له أن يعزله عن بيعه لما في ذلك من الحق؛ وهو إسقاط العناء عنه في الرفع إلى السلطان إن ألد به وإسقاط الإثبات عنه إن أنكر أو كان غائبا، وهو قول إسماعيل القاضي وابن القصار وأبي محمد عبد الوهاب.
والثاني: أن ذلك لا يجوز ابتداء وله أن يعزله، واختلف على هذا القول إن باع قبل أن يعزله على ثلاثة أقوال فذكرها. ثم قال بعد ذكرها: وإنما وقع الاختلاف في توكيل الراهن للمرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل من غير مؤامرة سلطان؛ لأنها وكالة اضطرار لحاجته إلى ابتياع ما اشترى أو استقراض [ما استقرض؛[1643]] لأن الرهن لا يباع على الراهن إلا إن ألد في بيعه أو بعد غيبته، ولم يوجد له مال يقضى منه/ الدين فيحتاج إلى البحث عن ذلك وعن قرب غيبته من بعدها، [وذلك لا يفعله[1644]] إلا القاضي، فأشبه ذلك حكمه على الغائب، ثم ذكر بقية ما ذكره عنه ابن غازي. 23
ص: وإلا مضى فيهما ش: الضمير في قوله: "فيهما" راجع إلى مفهوم قوله: "كالمرتهن بعده" فإن مفهومه إذا كان الإذن في عقد البيع فليس له بيعه، فإن باعه مضى، وهو كذلك على ما صرح به في رسم شك من سماع ابن القاسم، وإلى مفهوم قوله: "إن لم آت" فإن مفهومه أنه إذا قال إن لم آت لم يكن للأمين ولا للمرتهن أن يبيعه، فإن باعه مضى كما صرح به في المدونة.
فرع: قال في المدونة: وإذا تعدى المرتهن فباع الرهن أو وهبه فلربه رده حيث وجده فيأخذه ويدفع ما عليه فيه ويتبع المبتاع بائعه فيلزمه بحقه. اللخمي: يريد إذا بيع بعد الأجل فيدفع الراهن للمرتهن ما عليه ويأخذ رهنه ويتبع المشتري المرتهن بالثمن، وإن كان وهبه دفع الدين للمرتهن وأخذه من الموهوب له ولا شيء للموهوب له على الواهب، وإن غاب المرتهن واختلف الدين والثمن فإن كان الدين أكثر دفع إلى المشتري ثمنه ووقف السلطان الفضل، وإن كان الثمن أكثر أخذ الدين واتبع البائع بالفضل، وإن باعه بعرض أو مكيل أو موزون ثم غاب فإن السلطان يقبض الدين من الراهن ويدفع

الحديث ....

1642 – في المطبوع باصل وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم9 ويحيى9 والشيخ18.
1643 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 وم9 ويحيى9 والشيخ18.
1644 – في المطبوع وذكر ما لا يفعله وما بين المعقوفين من ن عدود ص23 وم9 ويحيى10 والشيخ18.

نص خليل

وَلاَ يُعْزَلُ الأَمِينُ وَلَيْسَ لَهُ إِيصَاءٌ بِهِ وَبَاعَ الْحَاكِمُ إِن امْتَنَعَ وَرَجَعَ مُرْتَهِنُهُ بِنَفَقَتِهِ فِي الذمَّةِ وَلَوْ لَمْ يَـأْذَنْ وَلَيْسَ رَهْنًا بِهِ إِلاَّ أَنْ يُصَرِّحَ بِأَنَّهُ رَهْنٌ بِهَا وَهَلْ وَإِنْ قَالَ وَنَفَقَتُكَ فِي الرَّهْنِ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب

إليه الرهن، ويشتري من الدين مثل ما قبضه المرتهن من المشتري، فإن فضل للغائب شيء وقف له، وإن فضل عليه شيء اتبع به، وإن كان باعه بعرض دفع إليه قيمته .اهـ. وقال ابن يونس أيضا: يريد أنه باعه بعد الأجل، وأما إن باعه قبل حلول الأجل فيخير الراهن في إجازة البيع وقبض الثمن، ولا يرده للمرتهن، ويجعله بيد عدل رهنا إلى أجله إلا أن يأتي برهن ثقة فله قبض الثمن، ويوقف له الرهن، وكذلك إن [رد[1645]] البيع فإن الرهن يوقف بيد عدل لئلا يبيعه ثانية. اهـ بالمعنى. وانظر بقية كلامه، ويؤخذ من كلام اللخمي المتقدم أن المرتهن إذا غاب وكان الرهن موجودا وحل الأجل فيقبض السلطان الدين من الراهن للمرتهن ويدفع الرهن للراهن وهو بين. والله أعلم.

ص: **ولا يعزل الأمين** ش: إذا وكل الراهن على بيع الرهن فهل له فسخ الوكالة؟ وسيأتي الكلام في ذلك في باب الوكالة عن الباجي والقرافي فراجعه. والله أعلم.

ص: **وباع الحاكم إن امتنع** ش: قال في التوضيح: إذا رفع المرتهن الأمر إلى الحاكم أمره بالوفاء، فإن لم يكن عنده شيء. قال صاحب البيان: أو ألد أو غاب باع الحاكم عليه الرهن بعد أن يثبت عنده الدين والرهن. قال في البيان: اختلف هل عليه أن يثبت ملك الراهن له على قولين يتخرجان على المذهب، وذلك عندي إذا أشبه أن يكون له، وأما إن لم يشبه كرهن الرجل حليا أو ثوبا لا يشبه لباسه وكرهن المرأة سلاحا فلا يبيعه إلا السلطان بعد إثبات الملك. اهـ كلام التوضيح. وما نقله عن ابن رشد هو في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم، وفي أحكام ابن سهل: قال ابن [عتاب:[1646]] أفتيت في الرهن يسأل المرتهن بيعه يأمر القاضي ببيعه، ولا يحتاج في ذلك إلى إثبات ملك الراهن، وذكر أن بعض أصحابه خالفه في ذلك، وأفتى أنه لا يأمر ببيعه إلا بعد أن يثبت الراهن ملكه، ورد عليهم في ذلك وشنعه فقلت له، فإن كان الرهن دارا فقال: الأصول مخالفة لغيرها، ولا بد من ثبوت ملك الراهن [لها[1647]] قبل أمره ببيعها. اهـ. وفي/ سماع أصبغ بن الفرج من كتاب السلطان مسألة: وسئل أشهب عن رجل أتى [بمكة[1648]] إلى زمزم فوجد رجلا معه قدح فقال ناولني قدحك هذا، فقال إني أخاف عليه، فقال هذا كسائي عندك حتى أعود إليك به، فوضع الكساء وأخرج القدح ثم رجع فلم يجد الرجل قال: لو أتى السلطان حتى يأمره إن كان صادقا أن يبيع القدح ويقبض ثمنه من الثوب قيل له هو صادق، وهذا صحيح ولا يقبضه لنفسه دون السلطان قيل له ويأمره السلطان؟ قال: نعم يأمره من غير حكم على الغائب، ويقول له إن كنت صادقا فافعل، فإن جاء الرجل كان على خصومته. قال ابن رشد: هذه المسألة وقعت في بعض الروايات، وهي صحيحة على أصولهم وعلى معنى ما في طلاق السنة من المدونة وعلى ما قال في نوازل سحنون من المديان والتفليس، فإن باع القدح بأمر السلطان وقضى ثمنه من ثمن كسائه أي من قيمته فقدم صاحب القدح بالكساء وأقر بما قال

24

الحديث

[1645] – في المطبوع أراد وما بين المعقوفين من ن عدود ص23 وم9 ويحيى10.

[1646] *– في المطبوع عات وما بين المعقوفين من م9 ويحيى10 والشيخ19.

[1647] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص23 وم9 ويحيى10 والشيخ19.

[1648] *– كذا في البيان والتحصيل.

نص خليل ....

متن الحطاب البائع للقدح بأمر السلطان لم يكن له إلا ما باع به القدح لبيعه إياه بأمر السلطان، ولو باعه بغير أمره لكانت له قيمته، وإن ادعى القدح وأنكر الكساء حلف في الكساء وأخذ قيمة قدحه، وإن أقر بالكساء وادعى القدح وأنكر الرهن فيه حلف على إنكار الرهن فيه ورد الكساء وأخذ قيمة قدحه أيضا، وهذا خلاف ما جرى به العمل من أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الرهن والدين وملك الراهن له، ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به، وإنه لباق عليه إلى حين قيامه، والذي جرى به العمل من هذا هو أصل مطرف وابن الماجشون في مسألة طلاق السنة من المدونة التي أشرنا إليها. اهـ.

وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: ويثبت استمرار ملك الراهن إلى حين حوز المرتهن له وصحة قبض المرتهن؛ وهو أن يكون حازه بمعاينة البينة قبل الموت والفلس. نقله في المسائل الملقوطة من شرح والده، ونقل ابن فرحون في تبصرته في الفصل الخامس من التنبيه على أحكام [يتوقف[1649]] سماع الدعوى عليها آخر كلام ابن رشد من قوله: الذي جرى به العمل أن القاضي إلى قوله: حين قيامه، ولم يذكر خلافه. والله أعلم. فتحصل في إثبات ملك الرهن أربعة أقوال: الأول: أنه لا بد من إثباته، وهو أحد القولين اللذين حكاهما ابن رشد، وذكر أنه جرى به العمل وفتوى بعض أصحاب ابن [عتاب[1650]]، والقول الثاني: لا يحتاج إلى إثبات ملكه، وهو القول الآخر في كلام ابن رشد، والثالث: اختيار ابن رشد، والرابع فتوى ابن عتاب، وكذا حصلها ابن عرفة.

فروع: الأول: هل يتوقف بيع الحاكم [للرهن[1651]] على إثبات أن الثمن الذي [سومه[1652]] قيمة مثله [اختار؟[1653]] ابن عرفة: عدم ذلك، وكذلك اختار أيضا أنه لا يشترط أن يكون أولى ما يباع عليه، وفي هذا نظر؛ لأنه ذكر النص عن ابن يونس بخلافه، وذكر أنه إنما اختار ما ذكر لأخذه من كلام ابن رشد، [وكلام ابن رشد[1654]] الذي ذكره يدل على خلاف ما قال، وعلى موافقة كلام ابن يونس. فراجعه.

الثاني: انظر هل يباع الرهن جميعه، أو يباع منه بقدر ما يوفي الدين؟ لم أر في ذلك نصا صريحا، والذي يظهر أنه ينظر في ذلك، فإن كان يمكن بيع بعضه من غير نقص في الباقي فإنه يباع بعضه، وإلا فيباع جميعه، وقد ذكروا في مسألة رهن فضلة الرهن أنه إذا حل الثاني أولا أنه إن أمكن قسمه قسم، وإلا بيع جميعه، وفي مسألة الرجلين [يرتهنان[1655]] من رجل رهنا فيؤخره أحدهما سنة ويقوم

الحديث ....

[1649] *- في المطبوع وم9 تتوقف وما بين المعقوفين من ن ذي ص24 ويحيى10 والشيخ19.

[1650] - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من ن عدود ص24 وم9 ويحيى10 والشيخ19.

[1651] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص24 وم9 ويحيى10 والشيخ19.

[1652] *- في يحيى10 وم9 يسويه.

[1653] - في المطبوع اختيار وما بين المعقوفين من ذي ص24 وم9 وسيد4 ويحيى10 والشيخ19.

[1654] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص24 وم9 ويحيى10.

[1655] - في المطبوع يرهنان وم9 وما بين المعقوفين من ن ذي ص24 ويحيى10 والشيخ20.

نص خليل

فَفِي افْتِقَارِ الرَّهْنِ لِلَفْظٍ مُصَرَّحٍ بِهِ تَأْوِيلاَنِ وَإِنْ أَنْفَقَ مُرْتَهِنٌ عَلَى كَشَجَرٍ خِيفَ عَلَيْهِ بُدِئَ بِالنَّفَقَةِ وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى عَدَمِ جَبْرِ الرَّاهِنِ عَلَيْهِ مُطْلَقًا وَعَلَى التَّقْيِيدِ بِالتَّطَوُّعِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَضَمِنَهُ مُرْتَهِنٌ إِنْ كَانَ بِيَدِهِ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَمْ تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِكَحَرْقِهِ وَلَوْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ أَوْ عُلِمَ احْتِرَاقُ مَحَلِّهِ إِلاَّ بِبَقَاءِ بَعْضِهِ مُحْرَقًا وَأُفْتِيَ بِعَدَمِهِ فِي الْعِلْمِ وَإِلاَّ فَلاَ وَلَوِ اشْتَرَطَ ثُبُوتَهُ إِلاَّ أَنْ يُكَذِّبَهُ عُدُولٌ فِي دَعْوَاهُ مَوْتَ دَابَّةٍ وَحَلَفَ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ أَنَّهُ تَلِفَ بِلاَ دُلْسَةٍ وَلاَ يَعْلَمُ مَوْضِعَهُ وَاسْتَمَرَّ ضَمَانُهُ إِنْ قُبِضَ الدَّيْنُ.

متن الحطاب

الآخر ببيع الرهن أنه إن كان ينقسم ولا ينقص [حق[1656]] الآخر الذي قام بحقه بيع له نصف الرهن، فإن خيف أن ينقص بيع كله وأعطي حقه من ذلك. ذكرها في الموطإ واللخمي في آخر الرهون والباجي والقرافي وغيرهم. وفي المنتقى: وإذا أمر الإمام ببيع الرهن فبيع بغير العين من عرض أو طعام فقال ابن القاسم في الموازية لا يجوز ذلك. قال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه ولم يكن فيه فضل فذلك جائز، وإن كان/ فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة والمشتري بالخيار فيما بقي إن شاء تمسك أو يرد لما فيه من الشركة، وإن باعه بغير ما عليه لم يجز. اهـ. ونقله القرافي، وما ذكره عن ابن القاسم في الموازية نحوه في المدونة. قال فيها: وإن باع المأمور الرهن بحنطة أو شعير أو عرض لم يجز، ثم إن ضاع ما قبض منه ضمنه المأمور بتعديه. قال أبو الحسن: ظاهره ولو كان ما باعه به من جنس الدين. ابن يونس: ابن المواز عن أشهب إن باعه بمثل ما عليه ولم يكن في ثمنه فضل فذلك جائز. الشيخ: يحتمل أن يكون تفسيرا، ويحتمل الخلاف. اهـ فتأمل ذلك. والله أعلم.

25

الثالث: ذكر البرزلي في مسائل الأقضية فيمن أثبت دينا على غائب وبيعت فيه داره ثم قدم الغائب فأثبت أنه قضاه عن اللخمي في كتاب التخيير أن البيع نافذ، وذكر ابن فتحون عن أبي الوليد أن المرتهن إذا باع الرهن ثم أثبت الراهن أنه قضاه أن البيع ينتقض، وذكره أيضا في مسائل الديون والتفليس. فانظر كلامه. والله أعلم.

الرابع: قال القرافي في ذخيرته: قال صاحب البيان: إذا لم يوجد من يبيع الرهن إلا بجعل. قال ابن القاسم: الجعل على طالب البيع منهما؛ لأنه صاحب الحاجة، والراهن يرجو دفع الحق من غير الرهن، وقال عيسى: على الراهن لوجوب القضاء عليه. اهـ.

ص: **ففي افتقار الرهن للفظ مصرح به تأويلان** ش: انظر كلام ابن رشد في أول سماع أبي زيد من كتاب المديان، [و[1657]]في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم في أثناء المسألة الأخيرة منه من كتاب الرهون./

26

ص: **وضمنه مرتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقه** ش: قال الباجي في المنتقى: إذا قلنا برواية ابن القاسم وقامت بينة بهلاك ما يغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يضمن، وكذلك لو رهنه رهنا في البحر في المركب فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه منه لصوص بمعاينة ذلك كله. انتهى.

ص: **وإلا فلا** ش: أي وإن لم يكن الرهن مما يغاب عليه كالحيوان على اختلاف أنواعه مأكولا أو

الحديث

[1656] – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص24 وم10 ويحيى10 والشيخ20.

[1657] – ساقطة من المطبوع وم10 وما بين المعقوفين من ن عدود ص25 ويحيى11 والشيخ20.

نص خليل ....

متن الحطاب غيره [طيرا أو غيره آدميا أو غيره[1658]] فإنه لا ضمان على المرتهن فيه. قال في التوضيح: هذا هو المنصوص، وأخذ مما رواه أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله ثم تلف أنه لا يضمن إلا نصفه ضمان ما لا يغاب عليه. قال اللخمي: وأرى أن يضمن ما يستخف ذبحه وأكله، وحكى ابن بزيزة فيه ثلاثة أقوال؛ ثالثها إن كان مما يسرع إليه الأكل كالغنم. انتهى. ودخل في قول المصنف: "وإلا فلا" إذا كان الرهن مما يغاب عليه ولم يكن بيد المرتهن بأن كان بيد عدل فإنه لا ضمان على العدل ولا على المرتهن، ودخل فيه أيضا ما إذا قامت بينة بحرقه أو تلفه أو ضياعه من غير تفريط من المرتهن؛ كما إذا/ ثبت بالبينة أنه في مخزنه أو بيته وثبت أن بيته احترق أو مخزنه، أو أنه كان الارتهان في البحر وغرق المركب، أو انتهبت اللصوص جميع الحوائج أو لم تشهد البينة بذلك ولكن علم احتراق محله وجاء ببعضه محرقا.

27

فروع: الأول: قال في الذخيرة: في آخر كتاب الرهون من المدونة: يصدق المرتهن في دعوى الإباق إلا أن يأتي بمنكر؛ لأنه أمين مطلقا في الحيوان. انتهى.

الثاني: إذا سافر المرتهن [بالرهن[1659]] بغير إذن الراهن فالظاهر أنه ضامن. قال في المدونة: ومن ارتهن عبدا فأعاره لرجل بغير أمر الراهن فهلك عند المعار بأمر من الله لم يضمن هو ولا المستعير، وكذلك إن استودعه رجلا إلا أن يستعمله المودع أو المستعير عملا أو يبعثه مبعثا يعطب في مثله فيضمن. انتهى. وقال في الذخيرة بعد قوله: "يعطب في مثله" ما نصه: فحينئذ يتعين أنك تسببت في هلاكه فتضمن. انتهى. وقال ابن يونس: قال سحنون: المرتهن ضامن لتعديه. ابن يونس: وقيل الأشبه في هذا وأمثاله أنه يضمن لأنه نقل الرقبة بغير إذن صاحبها على وجه الاستعمال، فوجب عليه الضمان كتعديه على الدابة الميل ونحوه فعطبت في ذلك أنه يضمن مع علمنا أن الميل لا تعطب في مثله، فإن قيل يحتمل أن يكون مثل هذا في [العبد[1660]] ليس نقل رَقَبَةٍ لأن للمرتهن أن يسيره في مثل ذلك وإن لم يؤذن له في استخدامه، فصار إنما يضمن للاستعمال؟ قيل: نقله إلى دار غيره يستعمله تعدٍ من المرتهن [إن[1661]] نقل رقبته على هذه الصورة؛ لأنه إنما يجوز له أن يبعثه في حاجة خفيفة، فأما بعثه في حاجة ليستعمله فذلك تعد، والمتعدي على المنافع إن كان لا يوصل إليها إلا بنقل الرقاب يضمن كما قلنا في الذي تعدى على المنفعة الميل ونحوه فهلك أنه يضمن. انتهى. وقال في النوادر [في[1662]] كتاب الرهون في ترجمة تعدي المرتهن: ومن المجموعة: قال سحنون: وإذا تعدى المرتهن فأودع العبد الرهن، أو أعاره بغير إذن ربه فإنه يضمنه، هلك بأمر من الله أو بغير ذلك، ومن كتاب ابن المواز: ومن ارتهن عبدا فأودعه غيره فمات فلا ضمان عليه. انتهى. وفي أحكام ابن سهل

الحديث ....

[1658] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص26 وم10 ويحيى11.

[1659] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص27 وم10 ويحيى12 والشيخ21.

[1660] *– في المطبوع البعد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد4 وم10.

[1661] – في المطبوع إلى وم10 ويحيى12 والشيخ21 وما بين المعقوفين من ن عدود ص27.

[1662] – في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص27 وم10 ويحيى12 والشيخ21.

نص خليل ....

متن الحطاب في آخر الاستحقاق في ترجمة مسألة المنديل أنه إذا سافر المرتهن وترك الرهن في بيته مهملا ولم يودعه أنه ضامن، وكان ينبغي له عند سفره أن يضعه عند أمين فلذلك ضمنه.

تنبيه: علم من كلام المدونة المتقدم وكلام ابن يونس أن للمرتهن أن يستعمل العبد الرهن فيما خف بغير إذن سيده، ومثله في كتاب الوديعة والديات والإجارة في العبد المودع والمستأجر من غير إذن سيده. والله أعلم.

الثالث: من ارتهن رهنا وشرط أن يجعله على يد عدل، ثم زعم المرتهن أن الرهن ضاع عند الذي وضعه على يده وليس للمرتهن بينة أنه وضعه إلا قوله وقول العدل. قال ابن القاسم: إن كان الذي زعم أنه وضعه على يده عدلا فلا ضمان عليه، ويرجع بجميع حقه على الراهن. قاله في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون. وحكى ابن رشد عن أصبغ أنه ضامن. قال: إن وضعه على يد غير عدل ضمنه وإن قامت البينة على تلفه، فإن ادعى أنه لم يعلم أنه غير عدل وإنما دفعه وهو يظن أنه عدل صدق إلا أن يكون معلنا بالفسق مشهورا به، ومثله من دفع له شيء ليدفعه إلى ثقة قال: ولا ضمان على [الموضوع[1663]] على يديه كان عدلا أو غير عدل. انتهى. ونحوه قول ابن سهل في أول كتاب الحدود في غلام ادعى يهودي أنه مملوكه، والغلام يزعم أنه حر وأنه يكره على التهود، فوضعه القاضي عند أمين حتى يكشف عن أمره ويأخذ رأي أهل العلم فيه، فقال الأمين أبق مني الغلام من غير تفريط في الاحتراس، وقال اليهودي إنه كان سبب إباق [الغلام[1664]] أن الأمين خرج به مع نفسه إلى ضيعته وطلب إغرام الأمين قيمة الغلام.

وسئل القاضي وفقه الله هل يجب على الأمين قيمة الغلام [أم لا؟[1665]] فأجاب عبيد الله بن وليد: توقيف القاضي الغلام لاستبراء أمره حزم من النظر وصواب في الفعل، والذي يطلبه اليهودي من إغرام الأمين باطل؛ لأن/ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {ليس على أمين غرم1} وقال أهل العلم إلا أن يتعدى، ولو ثبت خروج الأمين بالغلام ثم ثبت رجوعه به وأبق لم يضمن أيضا، [وقاله[1666]] عبيد الله بن يحيى وسعد بن معاذ، وقال مثله ابن لبابة أيضا، وقال: لو أبق له من البادية وثبت بالبينة فحينئذ كان يضمن؛ لأنه تعدى بإخراجه عن موضع أمانته، وقال محمد بن غالب: خروج الغلام مع الأمين محترسا عليه لا يوجب ضمانا حتى يثبت بالبينة العادلة أنه خرج به لمنفعة نفسه فيكون متعديا فيضمن، وإن رجع [به[1667]] فلا ضمان عليه أصلا في كل حال، وقال يحيى بن عبد العزيز وأيوب بن سليمان مثله. انتهى. فهذا قولنا فيما سئلنا عنه. قاله ابن وليد. انتهى كلام ابن سهل.

28

الحديث 1- في البيهقي، ج6 ص89، ط. دار الفكر، والدارقطني، ج3 ص41، ط. دار المحاسن، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضمان على مؤتمن.

[1663] - في المطبوع المودع وما بين المعقوفين من سيد5 والشيخ21 ويحيى11.

[1664] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص27 وم10 والشيخ21.

[1665] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص27 وم10 والشيخ21.

[1666] *- في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من الشيخ21 وم22.

[1667] - ساقطة من المطبوع وم10 وما بين المعقوفين من ن عدود ص28 والشيخ22.

نص خليل

أو وُهِبَ إلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ الْمُرْتَهِنُ أَوْ يَدْعُوَهُ لأَخْذِهِ فَيَقُولُ اتركه عِنْدَكَ وَإِنْ جَنَى الرَّهْنُ وَاعْتَرَفَ رَاهِنُهُ لَمْ يُصَدَّقْ إنْ أَعْدَمَ وَإِلاَّ بَقِيَ إنْ فَدَاهُ وَإِلاَّ أَسْلِمَ بَعْدَ الأَجَلِ وَدَفْعِ الدَّيْنِ وَإِنْ ثَبَتَتْ أو اعْتَرَفَا وَأَسْلَمَهُ فَإِنْ أَسْلَمَهُ مُرْتَهِنُهُ أَيْضًا فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِمَالِهِ وَإِنْ فَدَاهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَفِدَاؤُهُ فِي رَقَبَتِهِ فَقَطْ إن لَمْ يُرْهَنْ بِمَالِهِ وَلَمْ يُبَعْ إلاَّ فِي الأَجَلِ وَإِنْ بِإِذْنِهِ فَلَيْسَ رَهْنًا بِهِ وَإِذَا قُضِيَ بَعْضُ الدَّيْنِ أَوْ سَقَطَ فَجَمِيعُ الرَّهْنِ فِيمَا بَقِيَ كَاسْتِحْقَاقِ بَعْضِهِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي نَفْيِ الرَّهْنِيَّةِ.

متن الحطاب

الرابع: قال في النوادر في الترجمة المتقدم ذكرها: ومن المجموعة قال سحنون: وإذا باع المرتهن الدين الذي على الراهن فسأله المشتري دفع الرهن إليه فليس له ذلك، فإن فعل ضمن. انتهى. فعلم منه أنه ليس للمشتري أن يطلب الرهن؛ يريد إلا أن يشترط ذلك، ولكن لا يدفع له الرهن إلا بإذن الراهن، فإن دفعه له بغير إذنه ضمن. فتأمله. والله أعلم.

الخامس: قال في المدونة: وإن ادعيت دينا فأعطاك به رهنا يغاب عليه فضاع عندك ثم تصادقتما على بطلان دعواك، وأنه قضاك ضمنت الرهن لأنك لم تأخذه على الأمانة. انتهى. ونقله في الذخيرة، ونقل بعده بأربعة أوراق ونحوها فرعا آخر، ونصه: قال صاحب البيان: قال أشهب: إذا اعترف المرتهن ببطلان دعواه التي قضي له بها عليك والرهن حيوان ضمنه لأنه أخذه عدوانا، ولو أقيمت عليه بينة ببطلانها لم يضمن؛ لأنه لم يدخل على العدوان، بخلاف الأمة المشتركة يجحد أحدهما نصيب صاحبه فتقوم البينة فإنه يضمن، وعن ابن القاسم أنه لا يضمن. انتهى.

السادس: إذا ادعى المرتهن أنه رد الرهن إلى الراهن وقبض الدين وأنكر الراهن الرد فالقول قول الراهن إن كان مما يغاب عليه قبضه ببينة أو بغير بينة، وإن كان مما لا يغاب عليه فالقول قول المرتهن، إلا أن يكون قبضه ببينة. [قاله[1668]] ابن رشد في رسم الرهون الثاني من كتاب الرهون وفي أول سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب وفي آخر سماع أبي زيد من كتاب الوديعة، ونقله في النوادر وفي كتاب الرهون، وسيأتي كلام ابن رشد المشار إليه في كتاب العارية. والله أعلم.

ص: **أو وهب** ش: يعني أن من له على شخص دين برهن ثم إن رب الدين وهب الدين للمدين ثم ضاع الرهن فإن المرتهن ضامن له. [قال[1669]] في النوادر: وقاله ابن القاسم وأشهب. قال/ أشهب: وترجع أنت فيما وضعته من حقك لأنك لم تضع لتتبع بقيمة الثوب فتقاصه بقيمته، فإن [بقي[1670]] عندك فضل وديته فإن كان دينه أكثر فلا شيء لك فيه. انتهى. وانظر هل يوافق ابن القاسم أشهب على ما ذكره عنه؟ وظاهر كلام النوادر أن المسألة في سماع سحنون أو في سماع أشهب فلينظر فيه، وذكر في النوادر في هذا الفصل مسألة ما إذا تلف الرهن ووجبت لصاحبه القيمة فهل يكون أحق بالدين الذي في ذمته من غرماء المرتهن حتى يستوفي منه القيمة التي وجبت له أم لا؟ ذكر عن ابن القاسم أنه ليس أحق بالقيمة، وعن أشهب أنه أحق بها.

29

ص: **والقول لمدعي نفي الرهنية** ش: يعني أنه إذا كان لشخص على آخر دين وكان تحت يد

الحديث

[1668] *- في المطبوع قال وما بين المعقوفين من م11 ويحيى11 والشيخ22 وسيد5.

[1669] *- في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م12 وسيد5 ويحيى12 والشيخ22.

[1670] - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص29 وم11 ويحيى12 والشيخ22.

نص خليل ....

متن الحطاب صاحب الدين شيء للمديان فادعى أحدهما أن ذلك الشيء رهن في الدين، وقال الآخر ليس برهن فالقول قول من ادعى نفي الرهنية، فإن قلت لم حملت كلام المصنف على هذا ولم تحمله على أن المراد أنه إذا ادعى صاحب الدين أن الشيء الذي تحت يده رهن وأنكر المديان ذلك فالقول قوله كما قال ابن الحاجب، وإذا اختلفا في الرهنية فالقول قول الراهن، وهذا هو المتبادر، وأما كون المديان يدعي [نفي[1671]] الرهنية ورب الدين ينكرها فهذا لا يحتاج إلى التنبيه [عليه[1672]] ولا إلى أن يقال إن القول قول رب الدين مع يمينه؛ لأنه قادر على رده لربه.

قلت: يحتاج إلى ذلك فيما إذا هلك الرهن وكان مما يغاب عليه فادعى المديان أن المتاع كان رهنا ليضمن المرتهن القيمة وأنكر رب الدين الرهنية فالقول قوله، وقد نص على ذلك في المدونة. قال فيها: وإذا كان بيد المرتهن عبدان فادعى أنهما رهن بألف وقال الراهن رهنتك أحدهما بألف وأودعتك الآخر فالقول قول الراهن؛ لأن من ادعى في سلعة بيده أو عبد أن ذلك رهن وقال ربه بل عارية أو وديعة صدق ربه. ابن يونس: يريد مع يمينه ثم قال فيها: ولو [كانا[1673]] نمطا وجبة فهلك النمط فقال المرتهن أودعني النمط والجبة [رهن[1674]] وقال الراهن النمط رهن والجبة هي الوديعة فكل واحد مدع على صاحبه فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن لما هلك، ولا يصدق المرتهن أن الجبة رهن ويأخذها ربها. اهـ. قال ابن يونس: يريد ويحلفان، ولهذا عدل المصنف عن عبارة ابن الحاجب فقال: والقول لمدعي نفي الرهنية، وأيضا ففي عبارة ابن الحاجب مسامحة أخرى مريبة؛ وهي قوله الراهن فإنه لم يثبت أنه راهن، ولهذا قال في التوضيح: وقوله -يعني ابن الحاجب-: يريد على دعوى خصمه، وإلا فالفرض أن الرهن لم يثبت.

تنبيهات: الأول: علم مما تقدم أن القول قول مدعي نفي الرهنية مع يمينه.

الثاني: علم مما تقدم أيضا أنه لا فرق بين كون الشيء المختلف فيه متحدا أو متعددا وسلم الراهن كون الرهنية في بعضه وأنكر الآخر، ولهذا قال في الشامل: وصدق نافي الرهنية كبعض متعدد، وسيأتي في التنبيه الثالث نقل ابن عرفة عن ابن العطار التفصيل بين المتحد والمتعدد.

الثالث: قال في التوضيح: قيد اللخمي المسألة بما إذا لم تصدق العادة المرتهن، فإن صدقته فالقول قوله كبياع الخبز وشبهه يدفع له الخاتم ونحوه ويدعي الرهنية فإن القول قوله، ولا يقبل قول صاحبه إنه وديعة. خليل: وهو كلام ظاهر. اهـ. واعتمد التقييد في الشامل فقال: وقيل إلا أن يكون المرتهن كخباز يترك عنده الخاتم فإنه يصدق. اهـ. وظاهر كلام ابن عرفة أنه خلاف، ونقل عن ابن العطار قولا ثالثا، ونصه: ولو ادعى حائز شيء ارتهانه وربه إيداعه/ [فالمذهب[1675]] تصديقه. اللخمي: إن 30

الحديث ....

[1671] – ساقطة من المطبوع وم11 ويحيى12 والشيخ22 وسيد6 وما بين المعقوفين من ن عدود ص29.

[1672] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص29 وم11 ويحيى12 والشيخ22.

[1673] *– في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يحيى12 والتهذيب ج4 ص68.

[1674] – في المطبوع رهنا وما بين المعقوفين من ذي ص29 وم11 ويحيى12 وسيد5.

[1675] *– الفاء ساقطة من المطبوع وقد وردت في م11 ويحيى12 وسيد5 والشيخ23.

نص خليل وَهُوَ كَالشَّاهِدِ فِي قَدْرِ الدَّيْنِ لاَ الْعَكْسُ إِلَى قِيمَتِهِ وَلَوْ بِيَدِ أَمِينٍ عَلَى الأَصَحِّ مَا لَمْ يَفُتْ فِي ضَمَانِ الرَّاهِنِ وَحَلَفَ مُرْتَهِنُهُ وَأَخَذَهُ إن لَمْ يَفْتَكَّه فَإِنْ زَادَ حَلَفَ الرَّاهِنُ وَإِنْ نَقَصَ حَلَفَا وَأَخَذَهُ إن لَمْ يَفْتَكَّهُ بِقِيمَتِهِ وَإِن اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ تَالِفٍ تَوَاصَفَاهُ ثمّ قُوِمَ.

متن الحطاب شهد عرف لحائزه صدق كالبقال في الخاتم ونحوه. ابن العطار: ولو ادعى حائز عبدين أنهما رهن وقال ربهما بل أحدهما صدق ولو ادعى حائز عبد رهن جميعه وقال ربه بل نصفه صدق حائزه. اهـ.

فرع: قال في الجواهر: وكذلك لو ادعى المرتهن أن مال العبد أو ثمرة النخل رهن وأنكر الراهن فالقول قوله أيضا. اهـ.

ص: [وهو[1676]] كالشاهد في قدر الدين ش: يعني إذا اتفقا على الرهنية واختلفا في مقدار الدين المرهون فيه [فإن الرهن كالشاهد في قدر الدين المرهون فيه[1677]] إلى مبلغ قيمته فيكون القول قول من ادعى أن الدين المرهون فيه قدر قيمة الرهن، وما جاوز قدر قيمة الرهن فالقول فيه قول الراهن، وسواء أنكر الراهن [الزائد[1678]] بالكلية أو أقر به وادعى أن الرهن في دونه. قال في المدونة: وإن قال المرتهن ارتهنته في مائة دينار وقال الراهن المائة لك علي ولم أرهنك إلا بخمسين فالقول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن، فإن لم يساو إلا خمسين فعجل الراهن خمسين قبل الأجل ليأخذ رهنه، وقال المرتهن لا أسلمه حتى آخذ المائة فللراهن أخذه إذا عجل الخمسين قبل أجلها وتبقى الخمسون بغير رهن، كما [لو[1679]] أنكرها [لم[1680]] [يلزمه[1681]] فكذلك لا يلزمه بقاء رهنه في الخمسين. اهـ. ولأشهب خلاف ذلك، وانظر ابن يونس.

ص: لا العكس ش: يعني أن الدين لا يكون شاهدا على الرهن، فإن اختلفا في صفة قدر الرهن مثلا بعد هلاكه فقال مالك و[أكثر[1682]] أصحابه إن القول في ذلك قول المرتهن ولو ادعى صفة دون مقدار الدين لأنه غارم، والغارم مصدق. ابن المواز: إلا في قولة شاذة لأشهب فقال: إلا أن يتبين كذب المرتهن لقلة ما ذكر جدا فيصير القول قول الراهن. قال ابن يونس بعد أن ذكر كلام أشهب: إنما أعرف ينحو/ إلى هذا ابن القاسم، وعلى هذه الصورة حمل الشارح كلام المصنف في الوسط، وزاد في الكبير صورة أخرى ذكرها ابن عبد السلام، ونصه: وقد اختلف المذهب أيضا لو لم يدع المرتهن هلاك الرهن، ولكنه أتى برهن يساوي عشر الدين مثلا، وقال [هذا[1683]] هو الذي ارتهنت منك بذلك الدين هل يكون الدين شاهدا للراهن؟ على قولين المشهور هنا أنه لا يكون الدين شاهدا .اهـ كلام ابن عبد السلام. ونقله الشارح في الكبير، واستفيد منه أن الدين ليس بشاهد، ولم يفهم منه ما وراء ذلك، وقد ذكر في نوازل أصبغ من كتاب الرهون قولين في كون القول للراهن مع يمينه إذا أشبه قوله أو قول المرتهن مع يمينه، وذكرهما أيضا في رسم الرهون من سماع عيسى، وذكر القولين في النوادر. والله أعلم.

31

الحديث ....

[1676] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص30 وم11 ويحيى12 والشيخ23.

[1677] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص30 وم11 ويحيى12 والشيخ23.

[1678] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى12 وفي سيد6 والشيخ23 أنكر الزائد بالكلية.

[1679] - في المطبوع كما أنكرها وما بين المعقوفين من ن عدود ص30 وم11 ويحيى12 والشيخ23.

[1680] - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص30 وم11 ويحيى12 والشيخ23.

[1681] *- في التهذيب، ج4 ص67 لم تلزمه.

[1682] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى12 والشيخ23 وسيد6.

[1683] - ساقطة من المطبوع وم11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 ويحيى12 والشيخ23.

نص خليل

فَإن اخْتَلَفَا فَالقَوْلُ لِلْمُرْتَهِنِ فَإنْ تَجَاهَلاَ فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ وَاعْتُبِرَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْحُكْمِ إنْ بَقِيَ وَهَلْ يَوْمَ التَّلَفِ أوِ الْقَبْضِ أو الرَّهْنِ إنْ تَلِفَ أقْوَالٌ وَإن اخْتَلَفَا فِي مَقْبُوضٍ فَقَالَ الرَّاهِنُ عَنْ دَيْنِ الرَّهْنِ وُزِعَ بَعْدَ حَلِفِهِمَا كَالْحَمَالَةِ.

متن الحطاب

ص: **فإن اختلفا فالقول للمرتهن** ش: لأنه الغارم فيسأل الراهن عن قيمة سلعته ليعلم ما عنده أو ما يدعيه ثم يوقف عليه للمرتهن لأنه المدعى عليه. [قال الباجي في قصة المزني الذي نحر ناقته عبيد حاطب في كتاب القضاء: وهذا وجه العمل [لأنه لا[1684] يوقف مدعى عليه[1685]] حتى يعلم منتهى دعوى المدعي في دعواه تلك في قدرها وجنسها، فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك [ليقر بعد ذلك[1686]] أو ينكر.

ص: **وإن اختلفا في مقبوض فقال الراهن عن دين الرهن وزع بعد حلفهما كالحمالة** ش: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإن كان لك على رجل مائتان فرهنك بمائة [منهما[1687]] رهنا ثم قضاك مائة وقال هي التي فيها الرهن وقلت له أنت هي التي لا رهن فيها وقام الغرماء أو لم يقوموا فإن المائة يكون نصفها بمائة الرهن ونصفها للمائة الأخرى. ابن يونس: يريد بعد أن يتحالفا إن ادعيا البيان، وقال أشهب القول قول [المقتضي، وظاهره[1688]] أن التحالف إنما هو مع البيان، وبه صرح الشيخ أبو الحسن في مسألة الحمالة، ونصها في الحمالة منها: ومن له على رجل ألف درهم من قرض وألف درهم من كفالة فقضاه ألفا ثم ادعى أنها القرض، وقال المقتضي بل هي الكفالة قضي بنصفها عن القرض ونصفها عن الكفالة، وقال غيره القول قول المقتضي مع يمينه لأنه مؤتمن مدعى عليه وورثة الدافع في [قوليهما[1689]] كالدافع. اهـ. وقال مالك مثله في حقين أحدهما بحمالة والآخر بغير حمالة، وكذلك حق بيمين وحق بلا يمين. قال أبو الحسن: معناه [حلف[1690]] ليقضينه ماله. انتهى. قال ابن رشد في رسم كتب عليه ذكر حق من [كتاب[1691]] الرهون: فإن حلفا جميعا أو نكلا جميعا قسم ما اقتضى بين المالين، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف، وقال أيضا في الرسم المذكور من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون: فإن كان الحق الأول ستين والثاني ثلاثين واقتضى ثلاثين كان للحق الأول عشرون وللثاني عشرة، ونقله في النوادر، وهو مأخوذ من قول المصنف: "وزع" وانظر كلام الرجراجي وأبي الحسن على مسألة الحمالة.

الحديث

....

1684 *- في تصحيحات محمد عالي لا بد أن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م11 ويحيى12.

1685 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 وم11 ويحيى12 والشيخ24.

1686 - في المطبوع منها وم11 ويحيى12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 والشيخ24.

1687 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 وم11 ويحيى12 والشيخ24.

1688 *- في المطبوع المقتضي ظاهره ص31 وفي يحيى12 المقتضى انتهى وظاهره وما بين المعقوفين من م11.

1689 *- في المطبوع قولهما وما بين المعقوفين من م12 ويحيى13 والشيخ24 وسيد5 والتهذيب ج4 ص16.

1690 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 وم13 ويحيى13 والشيخ24.

1691 - في المطبوع سماع وما بين المعقوفين من ن عدود ص31 وم13 ويحيى13 والشيخ24.

نص خليل **باب لِلْغَرِيمِ مَنْعُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ.**

متن الحطاب **تنبيه**: قال ابن رشد في الرسم المذكور من سماع ابن القاسم المتقدم ذكره: وكذا لو اختلفا عند القاضي في أي الحقين يبدأ بالقضاء يجري الأمر فيه عندي على هذا الاختلاف، إلا أنه لا يمين في شيء من ذلك، وقد فرق في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس بين اختلافهما عند القضاء وبعد القضاء على اختلاف وقع في ذلك في الرواية فانظر ذلك وأمعن النظر فيه. اهـ. وما عزاه لسماع أبي زيد ليس هو فيه، وإنما هو في نوازل سحنون في آخر كتاب المديان. والله أعلم./ 32

فروع: الأول: إذا ادعى أحدهما أنه قضاه من كذا وقال الآخر بل قبضته مبهما فقال في نوازل سحنون في آخر المديان والتفليس إن القول قول من قال إنه مبهم مع يمينه ويفض على المالين أو الأموال، فإن اتفقا على الإبهام فيفض ذلك على المالين من باب أولى. اهـ بالمعنى.

الثاني: قال في نوازل عيسى من كتاب المديان والتفليس: وسئل عن رجل كانت له دنانير أو دراهم أو شيء مما يكال أو يوزن مما يغاب عليه لم يعرف بعينه على رجل وعلى ابنه فدفع الأب ما عليه إلى ابنه ليدفعه إلى الغريم، فقال له هذا ما لك على أبي، ثم ادعى الغريم بعد ذلك أنه إنما قبضه من الابن قضاء عنه، [وأنكر[1692]] ما قال الابن فالقول قول الغريم مع يمينه، إلا أن يأتي الابن ببينة تشهد له أنه قال له هذا الحق عن أبي.

قلت: فإن أتى بالبينة على أمر أبيه أنه يدفع ذلك عنه. قال: لا ينفعه ذلك حتى يأتي بالبينة على الدفع كان على الأمر بينة أو لم تكن. قال عيسى: إلا أن تكون البينة أن ذلك الشيء الذي قضى شيء أبيه. ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الابن مدع فيما ذكر من أنه قضاه الحق الذي كان له على أبيه، وقد حكمت السنة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر. اهـ.

الثالث: حكى ابن رشد في رسم العارية من سماع عيسى من البضائع والوكالات فيما إذا كان لرجل على آخر عشرة، ولرجل آخر عليه عشرة ووكلا من [يقتضي[1693]] منه العشرين فاقتضى عشرة ثم فلس، وقال الوكيل هي لفلان وقال الغريم للآخر [قولين[1694]]؛ أحدهما قبول قول الوكيل، والثاني أن العشرة بينهما ولا عبرة بقول الوكيل. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ص: **باب للغريم منع من أحاط الدين بماله** :**هذا باب** التفليس. قال في الذخيرة: وهو مشتق من الفلوس التي هي أحد النقود؛ كأن الإنسان لم يترك له شيء يتصرف فيه إلا التافه من ماله.اهـ. وفي أبي الحسن: قال عياض: التفليس العدم، وأصله من الفلوس أي أنه صاحب فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة، ثم استعمل في كل من عدم المال، وكذلك يقال أفلس الرجل بفتح اللام فهو مفلس. اهـ. وفي المقدمات: [الفلس[1695]] العدم والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس المحكوم عليه بحكم الفلس، و[المفلِس،[1696]] الذي لا مال له. اهـ.

الحديث ....

[1692] – في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من يحيى13 وسيد6 والشيخ24.

[1693] *– في المطبوع وم12 ويحيى13 يقضي وما بين المعقوفين من سيد5 والشيخ24.

[1694] – في المطبوع قولان وما بين المعقوفين من يحيى13 والشيخ25 وسيد6.

[1695] *– في المطبوع وم12 ويحيى13 وسيد5 والشيخ25 التفليس وما بين المعقوفين من مقدمات ابن رشد ج2 ص315.

[1696] – في المطبوع الفلس وما بين المعقوفين من ن عدود ص32 وم13 ويحيى13 والشيخ25.

نص خليل ....

متن الحطاب

فوائـد: الأولى: قال في المقدمات في كتاب المديان: قال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم ﴾ وقال: ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ فدل ذلك على جواز التداين، وذلك إذا تداين في غير سرف ولا فساد، وهو يرى أن ذمته تفي بما يدان. ثم قال: وقد استعاذ رسول الله صلى الله عليه وسلم من الدين فقال: {اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم[1]} وقال عمر بن الخطاب: إياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب[2]. وحرب بفتح الحاء والراء. قاله في النهاية، وروي بسكون الراء أي نزاع.

الثانية: ذكر في المقدمات أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم آثارا في التشديد في الدين، ثم قال: فيحتمل أن تكون هذه الآثار إنما وردت فيمن تداين في سرف أو فساد غير مباح أو فيمن تداين وهو يعلم أن ذمته لا تفي بما تداين به؛ لأنه متى فعل ذلك فقد قصد استهلاك أموال الناس، وقد قيل إن هذا كله إنما كان من النبي صلى الله عليه وسلم في الدين قبل فرض الزكاة ونزول آية الفيء والخمس.

الثالثة: قال فيها أيضا: فكل من ادان في مباح وهو يعلم أن ذمته تفي بما ادان فغلبه الدين فلم يقدر على أدائه حتى توفي فعلى الإمام أن يؤدي ذلك من بيت مال المسلمين أو من سهم الغارمين من الزكاة أو من الصدقات [كلها[1697]] إن رأى ذلك على مذهب مالك الذي يرى أنه إن جعل الزكاة كلها في صنف واحد أجزأه، وقد قيل إنه لا يجوز أن يؤدي دين الميت من الزكاة، فعلى هذا القول إنما يؤدي الإمام دين/ من مات من الفيء. اهـ. وقوله: "ادَّان" يعني استدان. قال في النهاية في حديث [الأسيفع[1698]] فادَّان مُعْرِضا أي استدان معرضا عن الوفاء. اهـ.

33

الرابعة: قال فيها أيضا: واجب على [كل[1699]] من عليه دين أن يوصي بأدائه، فإذا فعل وترك وفاء فليس بمحبوس عن الجنة لدينه، وكذا إن لم يترك وفاء فليس بمحبوس عن الجنة وعلى الإمام وفاؤه، فإن لم يفعل فهو المسؤول عن ذلك إذا لم يقدر على أدائه في حياته وأوصى به. اهـ. وقال في التمهيد في شرح الحديث السابع عشر ليحيى بن سعيد: فالدين الذي يحبس به صاحبه عن الجنة. والله أعلم. هو الذي ترك وفاء ولم يوص به، أو قدر على الأداء فلم يوف أو ادانه في غير حق أو في سرف ومات ولم يوص به، وأما من ادان في حق واجب لفاقته وعسره ولم يترك وفاء فإن الله لا يحبسه به عن الجنة؛ لأن فرضا على السلطان أن يؤدي عنه دينه من جملة الصدقات أو من سهم الغارمين أو من الفيء الراجع على المسلمين من صنوف الفيء. والله أعلم. ونقل الأبي عن عياض في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {ومن ترك دينا أو ضياعا فعلي وإلي[3]} أي فعلي قضاء دينه وإلي كفالة عياله، وهذا مما يلزم الأئمة في مال الله فينفق منه على الذرية وأهل الحاجة ويقضي ديونهم. ذكره في أحاديث الجمعة من كتاب الصلاة من شرح مسلم، وقال في الذخيرة: والأحاديث الواردة في الحبس عن الجنة في الدين منسوخة بما جعله الله من قضاء الدين على السلطان، وكان ذلك قبل أن

الحديث

1- عن عروة أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو في الصلاة ويقول اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم فقال له قائل ما أكثر ما تستعيذ يا رسول الله من المغرم قال إن الرجل إذا غرم حدث فكذب ووعد فأخلف، البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، وأداء الديون، رقم الحديث 2397، ط. دار الفجر.

2- الموطأ، وهو جزء من حديث أما بعد فإن الأسيفع أسيفع جهينة الخ، كتاب الوصية، ط. دار الفكر، رقم الحديث 1501.

3- مسلم في صحيحه، كتاب الجمعة، رقم الحديث 867.

1697 - في المطبوع محلها وما بين المعقوفين من يحيى13 وسيد6 والشيخ25.

1698 - في المطبوع الأبقع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النهاية في غريب الحديث ج2 ص149.

1699 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم13 والشيخ25 ويحيى13.

نص خليل مِنْ تَبَرُّعِهِ.

متن الحطاب تفتح الفتوحات. اهـ. وتقدم في باب الخصائص كلام ابن بطال والجمع بين ما هنا وما هناك. والله أعلم.

الخامسة: قال في كتاب التفليس من المقدمات: وقد كان الحكم من النبي صلى الله عليه وسلم في أول الإسلام بيع المديان فيما عليه من الدين على ما كان عليه من الاقتداء بشرع من قبله فيما لم ينزل عليه فيه شيء، وذكر قصصا في ذلك. ثم قال: [ثم[1700]] نسخ الله ذلك من حكم رسوله بقوله: ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ وقوله للغريم فعيل بمعنى فاعل أي غارم، ويطلق على المدين، وعلى رب الدين، وهو المراد هنا مشتق من الغرم. قال في الصحاح: الغريم الذي عليه الدين، يقال خذ من غريم السوء ما سنح بالنون، وقد يكون الغريم أيضا الذي له الدين قال كثير:

قضى كل ذي دين فوفى غريمه   وعزة ممطول معنى غريمها

34 ص: من تبرعه ش: يعني أن من أحاط الدين بماله ممنوع من التبرع بالمال، ومراده قبل/ التفليس، وأما بعده فإنه ممنوع من التصرف المالي مطلقا، وما ذكره المصنف من هنا إلى قوله: "وفلس" من الأحكام التي لمن أحاط الدين بماله فعلها وعدم فعلها فمراده بها قبل التفليس فتأمله.

35 وقوله: "أحاط/ الدين بماله" يقتضي أنه لو لم يحط الدين بماله لم يمنع من التبرع وهو كذلك، ويؤخذ من قوله: "أحاط" أنه علم أن الدين أحاط بماله، فلو لم يعلم بذلك لم يمنع من التبرع. قال المشذالي في حاشيته في أول التفليس: ابن هشام: لو وهب أو تصدق وعليه [ديون[1701]] لا يدري هل يفي ماله [بها[1702]] أم لا جاز حتى يعلم أن ما عليه من الدين يستغرق ماله. قاله ابن زرب. واحتج عليه بما في سماع عيسى من الرضاع فيمن دفع لمطلقته نفقة سنة ثم فلس بعد ستة أشهر إن كان يوم دفع النفقة قائم الوجه لم يظهر في فعله سرف ولا محاباة فذلك جائز. ابن رشد: يريد بقوله قائم الوجه جائز الأمر أن يكون [المفلس[1703]] مأمونا عليه مع كثرة ديونه ولا يتحقق أنها مغترقة لجميع ماله فيقوم من قوله هذا أن من وهب أو تصدق وعليه [ديون[1704]] لقوم إلا أنه قائم الوجه لا يخاف عليه الفلس أن أفعاله جائزة، وإن لم تحصر الشهود قدر ما معه من المال والدين، وبهذا كان يفتي ابن زرب ويحتج بهذه الرواية ويقول: لا يخلو أحد من أن يكون عليه دين، وقوله صحيح واستدلاله حسن، وأما إن علم أن ما عليه من الدين يغترق ما بيده من المال فلا يجوز له هبة ولا عتق ولا شيء من المعروف، ويجوز له أن يتزوج وينفق على ولده الذين تلزمه نفقتهم، ويؤدي منه عن عقل جرح خطأ أو عمد لا قصاص فيه، ولا يجوز له أن يؤدي عن جرح فيه قصاص. هذا معنى قول مالك في المدونة وغيرها، وبه يقول ابن القاسم.

الحديث ....

[1700] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص33 ويحيى13 والشيخ26.
[1701] – في المطبوع دين وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم13 ويحيى14 والشيخ26.
[1702] – في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم13 ويحيى14 والشيخ26.
[1703] *– كذا في النسخ ولعلها الفلس.
[1704] – في المطبوع دين وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم13 ويحيى14 والشيخ26.

نص خليل وَمِنْ سَفَرِهِ إِنْ حَلَّ بِغَيْبَتِهِ وَإِعْطَاءِ غَيْرِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ أَوْ كُلَّ مَا بِيَدِهِ كَإِقْرَارِهِ لِمُتَّهَمٍ عَلَيْهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَالأَصَح.

متن الحطاب **قلت**: وفي سماع أصبغ من الديات ما نصه: إذا كان الرجل قائم الوجه يبيع ويشتري ويتصرف في ماله فحمالته وهبته وصدقته ماضية، [ولو[1705]] كان علم أن عليه ديونا كثيرة [فهي على[1706]] الجواز، حتى يثبت أنه لا وفاء له بما فعل من المعروف./ 36

قلت: وفي سماع أبي زيد فيمن أحاط الدين بماله أو بعضه فيتحمل حمالة وهو يعلم أنه يعدم لا يسعه ذلك بينه وبين الله، وحمالته مردودة لأنها معروف. ابن رشد: معناه إذا كان البعض الباقي عن الدين لا يفي بما تحمل به، ولو كان يفي صحت حمالته.

قلت: وأخذوا من هذا ومن نظائره أن من عليه صلاة فرض لا يجوز له أن ينتفل، وأن أصحاب المكوس لا يصح منهم عتق، وفي أحكام ابن سهل فيمن باع دارا بمحاباة، ثم ثبت عليه دين من قبالة أحباس فقال ابن العطار وغيره إن كان الدين قبل البيع فالدين أحق بالمحاباة، وإن كان بعد البيع فالمبتاع أولى بها، ويحلف ما كان توليجا، وإن كانت الدار لم تخرج من يد البائع فالدين أولى ولو كان بعد البيع، وقال يحيى بن واقد: إن أثبت صاحب الحبس المحاباة في الدار فالبيع مردود والدين أحق بالزائد؛ لأن هبة المديان لا تصح. المشذالي: انظر ابن سهل في مسائل المديان في [ترجمة[1707]] رجل لزمته قبالة أحباس فاعتقلت داره. اهـ

ص: **وسفره إن حل بغيبته** ش: يعني أن للغريم أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين يحل بغيبته، وهو واضح.

تنبيهات: الأول: هذا الكلام في المدين لا بقيد كون الدين أحاط بماله كما نبه عليه ابن غازي رحمه الله

الثاني: أطلق المصنف رحمه الله في منعه من السفر إذا حل بغيبته، وهو مقيد بأن لا يوكل وكيلا بوفاء الحق فإن وكل فلا منع. هذا الذي عليه أهل المذهب كابن شاس، ونصه: وليس لمن له دين مؤجل منعه من السفر ولا طلب كفيل ولا الإشهاد إلا أن يحل في غيبته فليوكل من [يقضيه[1708]] عند استحقاقه. اهـ وكذلك ابن الحاجب، ومشى عليه في التوضيح، لكن قال ابن عبد السلام: ظاهر المدونة أنه يمنع من السفر البعيد ولا يقبل منه [التوكيل[1709]] فقال ابن غازي: لعل المؤلف لم يقيد المسألة هنا بعدم التوكيل اعتمادا على ما نسبه ابن عبد السلام لظاهر المدونة على أنه أضرب عن نقل هذا الاستظهار في التوضيح. اهـ وما قاله ليس بظاهر، فإن أهل المذهب كلهم مصرحون بهذا التقييد.

الحديث ....

[1705] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم13 ويحيى14 والشيخ26.

[1706] – في المطبوع بقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم13 ويحيى14 والشيخ26.

[1707] – في المطبوع مسالة وم13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص36 ويحيى14 والشيخ27.

[1708] – في المطبوع يقبضه وما بين المعقوفين من يحيى14 وسيد7 والشيخ27.

[1709] – في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص36 وم13 ويحيى14 والشيخ27.

نص خليل ....

متن الحطاب

الثالث: فإذا وكل فهل له عزل وكيله ابن عبد السلام [فيه[1710]] تردد، واختار بعض المحققين أن له عزله إلى بدل لا مطلقا، وأصل المذهب أنه إذا تعلق بالوكالة حق لأحد الغريمين أن [لا[1711]] يكون له العزل. اهـ.

الرابع: يفهم من كلام المؤلف بالأحروية [أن[1712]] لصاحب الدين أن يمنع المدين من السفر إذا كان الدين حالا حتى [يقضيه[1713]]، وهو كذلك. والله أعلم.

الخامس: مفهوم قوله: "حل بغيبته" إذا كان لا يحل بغيبته فإنه ليس له منعه من السفر ولا تحليفه، ونص في سماع عيسى من كتاب الكفالة أنه يحلفه أنه لم يرد الفرار من الحق الذي عليه، وأنه ينوي الرجوع عند الأجل لقضاء الحق الذي عليه. ابن يونس: وقال بعض أصحابنا إنما يحلف المتهم، وجعل الشيخ أبو الحسن هذا تقييدا للمدونة، وكذلك الشيخ أبو محمد. قال في مختصره بعد أن ذكر لفظ المدونة: يريد ويحلف. نقله المشذالي عنه، وجعله صاحب الشامل المذهب، ونصه: ولذي الدين منع المديان من سفر يحل فيه إلا أن يوكل من يوفيه لا إن كان يحل بعده وحلف أنه لم يرد به فرارا وأن نيته العود لقضائه عند الأجل، وقيل إن اتهم وإلا فلا. اهـ. وكذلك اللخمي ذكر هذا على أنه المذهب، ونصه في السلم الثالث: ومن كان عليه دين إلى أجل فأراد السفر قبل حلوله لم يمنع إذا بقي من الأجل قدر سيره ورجوعه، وكان [ممن[1714]] لا يخشى لدده ومقامه، وإن خشي ذلك منه [أو كان[1715]] معروفا باللدد منع إلا أن يأتي بحميل، وإن كان موسرا أو له عقار كان بالخيار بين أن يعطي حميلا بالقضاء أو وكيلا بالبيع ويكون النداء قبل الأجل بمقدار ما يرى أنه يكمل الإشهاد عند محل الأجل، وإن أشكل أمره هل/ يريد بسفره تغييبا أم لا حلف أنه ما يسافر فرارا، وأنه لا يتأخر عن العودة لمحل الأجل وَتُرِكَ. اهـ. وهو كلام حسن، ونقله عنه الشيخ بدر الدين بن جماعة الشافعي في منسكه الكبير، ومعنى قوله: "ويكون النداء الخ" فيما يظهر أنه إذا وكل على البيع يكون ابتداء بيعه ونداءه على العقار بمقدار ما يرى الخ.

37

السادس: اعلم أن هذا الكلام كله في المديان الموسر، وأما المعسر فليس [للغريم[1716]] منعه صرح به أهل المذهب في باب الحج. قال ابن عرفة في موانع الحج: ابن شاس: لمستحق الدين منع المحرم الموسر من الخروج، ويجب أداؤه ويمتنع تحلله، فإن كان معسرا أو مؤجلا لم يمنع.

قلت: [يريد[1717]] إن كان إيابه قبل حلوله. اهـ.

فرع: قال المشذالي في حاشيته في السلم الثالث: قال ابن سهل: سئل أبو إبراهيم عمن له دين مؤجل قرب الأجل أم بعد فزعم رب الدين أن الغريم يريد السفر، وأنكر الغريم ذلك؟ فقال: إن قام الطالب

الحديث ....

1710 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى14 والشيخ27 وسيد7.

1711 - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص36 وم13 ويحيى14 والشيخ27.

1712 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص36 وم13 ويحيى14 والشيخ27.

1713 *- في المطبوع يقبضه وما بين المعقوفين من يحيى14 وسيد7 والشيخ27.

1714 - في المطبوع مما وم13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص36 ويحيى14 والشيخ27.

1715 *- في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من يحيى14 والشيخ27 وسيد7.

1716 - في المطبوع للعديم وما بين المعقوفين من ن عدود ص37 وم13 ويحيى14 والشيخ27.

1717 - ساقطة من المطبوع وم13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص37 ويحيى14 والشيخ27.

نص خليل لاَ بَعْضِهِ وَرَهْنِهِ وَفِي كِتَابَتِهِ قَوْلاَنِ وَلَهُ التَّزَوُّجُ وَفِي تَزَوُّجِهِ أَرْبَعًا وَتَطَوُّعِهِ بِالْحَجِّ تَرَدُّدٌ وَفُلِّسَ حَضَرَ.

متن الحطاب بشبهة بينة، وإن لم تكن قاطعة حلف المطلوب ما يريد سفرا، وإن نكل كلف حميلا ثقة يغرم المال، ثم يقال له سافر إن شئت. اهـ. فتأمله.

فرع منه أيضا: قال المتيطي: لا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما، وله أن يوكل عند ذلك. قال ابن العطار: وعليه [أن[1718]] يحلف ما استعمل السفر ليوكل، فإن نكل منع من التوكيل إلا إن شاء خصمه. ابن الفخار: ولا يحلف وله التوكيل إن كان خصمه قد أحرجه أو شاتمه فحلف لا خاصم بنفسه. قال ابن الفخار: إن حلف لا يخاصمه من غير عذر لم يكن له أن يوكل. اهـ. وسيذكره المؤلف في فصل الوكالة.

فرع: قال [النويري[1719]] في تكميله: وهل يحلف على نهاية سفره؟ قولان. اهـ. وأصله لابن رشد في سماع عيسى من الكفالة، ونقله المشذالي، لكن ليس على هذا الوجه. فراجع أيهما شئت. والله أعلم.

فرع: من التزم لإنسان أنه إن سافر فله عليه كذا وكذا فأراد السفر وشرع في أسبابه وفي [تحصيل[1720]] حوائجه فهل له مطالبته بالالتزام؟ أجاب الوالد بأنه يطالب بدفع المال الملتزم به أو بتوكيل وكيل يدفع عنه إذا سافر لأنه لا يتحقق وجوب المال الملتزم به إلا بعد سفره لاحتمال موته ولو عند ركوبه أو حصول عائق يمنعه. والله أعلم. وأخذ من هنا مسألة مطالبة الزوجة زوجها بالنفقة عند سفره. والله أعلم.

ص: **لا بعضه ورهنه** ش: هذا إذا كان صحيحا، وأما إذا كان مريضا فلا يجوز قضاؤه ولا رهنه في مذهب ابن القاسم، بخلاف بيعه وابتياعه. قاله [في المقدمات[1721]] ونقل الرجراجي في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه: وإذا كان المقر مريضا فلا يخلو إما أن يكون مديانا أو غير مديان، فإن كان مديانا فتصرفه في المعاوضات جائز قولا واحدا ما لم يحاب، وتصرفه في المعارف ممنوع قولا واحدا إلا بإجازة الورثة، وفي قضائه ورهنه ثلاثة أقوال: المنع لابن القاسم، والجواز للغير في كتاب المديان، والتفصيل بين القضاء والرهن، وهو القول الذي حكاه أبو الوليد. اهـ. ونقل ابن رشد الثلاثة الأقوال في رسم طلق بن حبيب من كتاب اللقطة. والله أعلم. يعني بقوله: "المعارف" المعروف كالصدقة والعتق ونحو ذلك، وأما إذا لم يكن عليه دين ثم استحدث في مرضه دينا ببيع أو قرض ورهن فيه رهنا فلا كلام في صحة ذلك. والله أعلم. قال في الوثائق المجموعة: فإن كان الراهن حين الرهن مريضا فليس بضار له؛ لأن بيع المريض جائز ما لم يحاب في ذلك فكذلك رهنه؛ لأن الرهن كالبيع وسببه كان. اهـ. فتأمله فإنه حسن./ 38

ص: **وفي تطوعه بالحج تردد** ش: قال في المقدمات: يجوز إنفاقه المال على عوض فيما جرت العادة بفعله كالتزوج والنفقة على الزوجة وما أشبه ذلك، ولا يجوز فيما لم تجر العادة بفعله من الكراء في الحج والتطوع وما أشبه ذلك، وانظر هل [يجوز[1722]] له أن يحج الفريضة من أموال الغرماء أم لا؟

الحديث ....

1718 – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من يحيى14 وسيد7 والشيخ28.

1719 – في المطبوع الزيزي وما بين المعقوفين من ن عدود ص37 وم13 ويحيى15 والشيخ28.

1720 – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (تحميل) وهو الذي في الشيخ28 وم13 ويحيى15.

1721 – في المطبوع ابن القاسم وما بين المعقوفين من الشيخ28 وم13 وسيد7.

1722 – ساقطة من المطبوع وم13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 ويحيى15 والشيخ28.

نص خليل أَوْ غَابَ إن لَّمْ يُعْلَم مَّلاَؤُهُ.

متن الحطاب وإن كان [يأتي ذلك على الاختلاف[1723]] في الحج هل على الفور أو على التراخي؟ وهل له أن يتزوج أربع زوجات؟ وتدبر ذلك. اهـ . وما ذكره الشارح عن المقدمات لم أقف عليه فيها، والعجب من تردد ابن رشد في حج الفريضة، وقد نص في النوادر على أنه لا يحج الفريضة. قال في كتاب الاستطاعة: قال ابن المواز: قال مالك وذكر ابن عبدوس من رواية ابن نافع فيمن عليه دين وليس عنده قضاء فلا بأس أن يحج. قال سحنون: وأن يغزو. قال ابن المواز: قال مالك: وإن كان له وفاء أو كان يرجو قضاءه فلا بأس أن يحج. قال محمد: معناه وإن لم يكن معه مقدار دينه فليس له أن يحج. يريد محمد إلا أن يقضيه [أو يتسع وُجده،[1724]] وقال سند في باب الاستطاعة: وإن كان عليه دين وبيده مال فالدين أحق بماله من الحج. قاله مالك في الموازية. فإن لم يكن له مال قال عنه ابن نافع عند ابن عبدوس لا بأس أن يحج. قال سحنون: وأن يغزو يريد أن المعسر يجب إنظاره، فإذا تحقق فلسه وكان جلدا في نفسه فقط سقط عنه عائق الدين ويلزمه الحج لقوته عليه، أما من له مال فلا يخرج حتى يؤدي دينه، فإن كان هذا في حكم الحج الفرض فما بالك بالتطوع؟ فقد سقط التردد الذي في كلام المصنف، والذي في كلام ابن رشد لوجود النص عن مالك، والحمد لله على ذلك.
ص: أو غاب إن لم يعلم ملاؤه ش: أطلق رحمه الله والغيبة على ثلاثة أقسام: قريبة؛ وحدها ابن القاسم في العتبية والواضحة بالأيام اليسيرة فلا يفلس بل يكشف عن حاله. ابن رشد: ولا خلاف في ذلك. وغيبة متوسطة، وحدها ابن رشد بالعشرة الأيام ونحوها، فإن لم يعلم ملاؤه فلس بلا خلاف، وإن علم لم يفلس على المشهور خلافا لأشهب. وغيبة بعيدة، وحدها ابن رشد بالشهر ونحوه. قال: ولا خلاف في وجوب تفليسه وإن علم ملاؤه. قاله جميعه في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان، وهذه طريقة ابن رشد، وأما اللخمي وابن الحاجب فأطلقوا في الغيبة التعميم، وحكوا الخلاف فيها مطلقا من غير تقييد بعشرة أيام كما قال ابن رشد، ونقل في التوضيح كلام ابن رشد جميعه، ومشى عليه صاحب الشامل، ونصه: وفلس ذو غيبة بعدت كشهر أو توسطت كعشرة أيام وجهل [تقدم[1725]] يسره [لا إن[1726]] قربت وكشف عنه كأن علم [تقدم[1727]] يسره على المشهور.
فرع: قال في التوضيح: أما لو حضر الغريم وغاب المال فإن ذلك يوجب تفليس الغريم إذا كانت غيبة المال بعيدة. اهـ . ونقله في الشامل.
فرع: قال في الشامل: واستؤني ببيع سلع من بعدت غيبته كأن قربت على الأظهر [كميت.[1728]] اهـ. ونقله في التوضيح.

الحديث ....

[1723] – في المطبوع يأتي على ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 وم13 ويحيى15 والشيخ28.
[1724] – في المطبوع يتبع وحده وما بين المعقوفين من ذي ص38 وم14 ويحيى15 والشيخ28 وسيد6 والنوادر ص319 ج2.
[1725] *– في المطبوع وسيد6 ويحيى15 وم14 تقديم وما بين المعقوفين من الشيخ29.
[1726] – في المطبوع لان وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 وم14 ويحيى15 والشيخ29.
[1727] *– في المطبوع وسيد6 تقديم وما بين المعقوفين من م14 والشيخ29 ويحيى15.
[1728] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 ويحيى15 والشيخ29.

نص خليل بِطَلَبِهِ وَإِنْ أَبَى غَيْرُهُ دَيْنًا حَلَّ زَادَ عَلَى مَالِهِ أَوْ بَقِيَ مَالاً يَفِي بِالْمُؤَجَّلِ فَمُنِعَ مِنْ تَصَرُّفٍ مَالِيٍّ لاَ فِي ذِمَّتِهِ كَخُلْعِهِ وَطَلاَقِهِ وَقِصَاصِهِ وَعَفْوِهِ وَعِتْقِ أُمِّ وَلَدِهِ.

متن الحطاب ص: **بطلبه وإن أبى غيره دينا حل** ش: الباء متعلقة بقوله: "فلس" والضمير المجرور في بطلبه عائد على الغريم، وهو فاعل المصدر الذي هو [طلب[1729]] ودينا مفعوله، وفهم من قوله: "فلس بطلب الغريم" أنه لا يكون للقاضي تفليس المديان إلا بطلب الغريم، وأنه لو أراد المدين تفليس نفسه لم يكن له ذلك، وقد اختلف الشافعية هل له ذلك أم لا؟ قاله في التوضيح. وفهم من إفراد الضمير في: "طلبه" وفي" ["أبى"[1730]] و: "غيره" أنه لو طلب التفليس واحد من الغرماء فأكثر كان له ذلك وهو كذلك. قال في أول التفليس من المدونة: وإذا قام رجل واحد على المديان فله أن يفلسه كقيام الجماعة. اهـ. وقال ابن عبد السلام في شروط التفليس: أحدها أن يقوم [عليه[1731]] من الغرماء واحد فأكثر. اهـ. وقاله غيره وإنما ذكرت عبارته مع عبارة المدونة؛ لأنها أصرح في ذلك من عبارة المدونة. والله أعلم.

39 ص: **فيمنع من تصرف مالي لا في ذمته** ش: يعني فبسبب الحكم بتفليسه يمنع من التصرفات المالية. قال في المقدمات: وأما بعد التفليس فلا يجوز له بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء. اهـ. وقال الشارح في حل كلام المصنف لهذه القولة: ولا يبيع بمحاباة. اهـ. فتقييده بالمحاباة ليس بظاهر؛ لأن المذهب منعه من البيع والشراء مطلقا، ونبه عليه ابن غازي، وقوله: "يمنع من تصرف مالي" يريد في المال الموجود في يده كما قال ابن الحاجب في المال الموجود. قال الشيخ: احترازا مما لم يوجد فإنه لا يمنع كالتزامه عطية شيء إن ملكه، اللهم إلا أن يملكه ودينهم باق عليه فلهم حينئذ المنع. اهـ. ودخل في قوله: "تصرف مالي" النكاح ونص عليه في المدونة، ونقله في التوضيح، وقوله: "لا في [ذمته"[1732]] [أي[1733]] فلا يمنع من التصرف في ذمته، ويشير لقول ابن الحاجب: وتصرفه شارطا أن يقضي من غير ما حجر عليه [فيه[1734]] صحيح. قال ابن عبد السلام: يريد كما لو اشترى شيئا على أن يدفع ثمنه من غير المال الذي حجر عليه [قبل قسمة ماله الذي حجر عليه فيه[1735]] [ولو كان ذلك[1736]] بعد القسمة، فالمسألة أبين لعدم الحاجة للشرط الذي ذكره المؤلف، ولو قيل لا يحتاج إلى ذلك الشرط مطلقا لأن الحكم يقتضيه لما كان بعيدا، وقال في التوضيح: يعني إذا اشترى شيئا وشرط أن يقضيه من غير ما حجر عليه مما سيطرأ جاز. خليل: وانظر في هذا فإن فيه البيع لأجل مجهول، وقابله بما

الحديث ....

[1729] *- في المطبوع طلبا وما بين المعقوفين من ن عدود يحيى15 وسيد6 والشيخ29 وفي م14 طلبه.

[1730] - في المطبوع الأبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 وم14 ويحيى15 والشيخ29.

[1731] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص38 ويحيى15 والشيخ29.

[1732] *- في المطبوع ذمة وما بين المعقوفين من م14 ويحيى15 والشيخ29 وسيد6.

[1733] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م19 والشيخ30 وسيد7.

[1734] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 ويحيى15 والشيخ29.

[1735] - ساقطة من المطبوع وم14 وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ29.

[1736] - في المطبوع ولكن ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ29.

نص خليل وَتَبِعَهَا مَالُهَا إنْ قَلَّ وَحَلَّ بِهِ وَبِالْمَوْتِ مَا أُجِّلَ.

متن الحطاب قالوا لو تزوجها إلى ميسرة [لم يجز،[1737]] وقد تقدم أن شيخنا أخذ منه [أنه[1738]] لا يجوز له أن يشتري سلعة بشرط أن يدفع ثمنها إذا فتح الله فانظر ذلك. اهـ. ولا يلزم في هذا أن يكون لأجل مجهول فقد يؤجل بأجل معلوم يمكنه أن يتجر فيه في تلك السلعة ويربح فيها. قال ابن عرفة عن اللخمي: [ورأيته[1739]] في تبصرته ما نصه: وإن اشترى بعد الحجر على المال الذي [فلس[1740]] فيه رد إلا أن يكون فيه [فضل[1741]] ويقرب بيعه، إلا أن يرضى البائع أن يباع له ولا يدخل مع الغرماء، وإن اشترى على أن يقبض من غير ما حجر عليه فيه جاز، ونحوه قول المازري: إن كان بيعه وشراؤه مصروفا لذمته كسلم يسلم إليه فيه لأجل بعيد يصح العقد إليه وما في معناه لم يكن لغرمائه منعه من ذلك. اهـ . وما ذكره الشارح في شرح قوله: "لا في ذمته" ليس هو محله إنما محله حيث ذكرته. والله أعلم.

ص: **وتبعها مالها إن قل** ش: قال ابن الحاجب: وفي اتباعها مالها إذا لم يكن يسيرا قولان. قال في التوضيح: يعني إذا فرعنا على المشهور من إمضاء العتق فإن لم يستثن السيد مالها فلمالك في الموازية يتبعها، لأن السيد باعتبارها غير مفلس، وقال ابن القاسم لا يتبعها إلا أن يكون يسيرا. اهـ . وقد صدر في الشامل بقول مالك [فقال[1742]]: ويتبعها مالها إن لم يستثنه، وقال ابن القاسم إن قل. اهـ. وكان ينبغي للمصنف أن يمشي على قول مالك؛[1743]] لأنه هو المناسب لقوله بعد هذا؛ لأنه لا يلزم بانتزاع [مال[1744]] أم ولده. والله أعلم.

ص: **وحل به وبالموت ما أجل** ش: تصوره واضح.

فرع: [قال في التوضيح:[1745]] لو قال بعض الغرماء لا أريد حلول عروضي وقال المفلس بل حكم بحلول ما علي ولا أؤخرها فالقول للمفلس، ويجبر المستحق [على أخذها.[1746]] قاله في الموازية والعتبية، واعترضه اللخمي بأن الحلول إنما كان لحق رب السلع [فينبغي أن[1747]] يكون القول له في التأخير. اهـ. ونقله في الشامل، ونصه: فلو أراد بعضهم تأخير [سلعته[1748]] منع وجبر على قبضها ورجح [قبوله[1749]]. اهـ. يشير برجح لكلام اللخمي، وقال ابن عرفة: المذهب حلول دين المفلس المؤجل بتفليسه كالموت مطلقا، [وميل[1750]] السيوري وبعض [متأخري[1751]] المغاربة لعدم حلوله

الحديث ....

1737 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1738 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التوضيح مخطوط ج3 ص698.

1739 - في المطبوع وروايته وم14 وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 ويحيى16 والشيخ30.

1740 *- ساقطة من المطبوع ويحيى16 وم14 وقد وردت في الشيخ30 وسيد6.

1741 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في نسخة سيد7.

1742 -في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من الشيخ30 وسيد7.

1743 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1744 *- ساقطة من المطبوع وم14 وقد وردت في الشيخ30 وفي يحيى16 لا يلزمه انتزاع مال أم ولده.

1745 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1746 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1747 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1748 - في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من يحيى16 وسيد8 والشيخ30.

1749 - في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من يحيى16 وسيد8 والشيخ30.

1750 *- في المطبوع وسئل وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص39 وم14 ويحيى16 والشيخ30.

1751 - سقطت من المطبوع وقد وردت في يحيى16 وم14 والشيخ30.

نص خليل وَلَوْ دَيْنَ كِرَاءٍ أَوْ قَدِمَ الْغَائِبُ مَلِيًّا وَإِن نَّكَلَ الْمُفَلَّسُ حَلَفَ كُلٌّ كَهُوَ وَأَخَذَ حِصَّتَهُ وَلَوْ نَكَلَ غَيْرُهُ عَلَى الأَصَحِّ وَقُبِلَ إِقْرَارُهُ بِالْمَجْلِسِ أَوْ قُرْبِهِ إِنْ ثَبَتَ دَيْنُهُ بِإِقْرَارٍ لاَ بِبَيِّنَةٍ وَهْوَ فِي ذِمَّتِهِ.

متن الحطاب [فيهما[1752]] خلاف المذهب. ثم قال: اللخمي: القياس إن أتى المفلس بحميل أن يبقى ما عليه لأجله؛ لأن تعجيله إنما هو لخوف أن لا يكون له عند الأجل شيء، ولابن رشد عن سحنون: ولا يحاصص ذو الدين العرض المؤجل بقيمته حالا بل على أن يقبضه لأجله. قال ابن رشد: وهو بعيد. قال ابن عرفة: ففي حلول الأجل بتفليسه، ثالثها إن لم يأت بحميل به، ورابعها إن لم يكن عرضا للمعروف وقول السيوري فيه وفي الموت واللخمي وسحنون. اهـ.

فرع: قال في التوضيح: ولو قالت الورثة نحن نأتي بحميل مليء ونؤدي عند الأجل ومكنونا من قسم

40 التركة/ كلها لم يكن لهم ذلك. قاله ابن نافع في المبسوط. اهـ. وقال في الشامل: ولو طلب الوارث تأخيره للأجل بحميل مليء ويمكن من أخذ التركة منع. اهـ. ثم قال في باب الضمان: ومن مات وعليه دين وهو وتركته مجهولان فضمنه وارثه ليمكن من التركة جاز إن انفرد [كبعضهم[1753]] إن كان النقص عليه والفاضل بينهم لا على أن يختص به. اهـ. وهذه المسألة التي في الضمان ذكرها في التوضيح في الضمان وابن عرفة أيضا في الضمان، وهو في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم ورسم البيوع من سماع أشهب وقد نقلت كلامه في باب الضمان في شرح قول المصنف: "وإن جهل" والظاهر أنه لا معارضة بين ما ذكره في التوضيح هنا وبين ما ذكره في باب الضمان؛ لأن مراده بقوله هنا لم يكن لهم ذلك أنه لا يجبر الغرماء عليه فتأمله. والله أعلم.

ص: **ولو دين كراء** ش: يشير لقول المقدمات: وأما ما لا يمكنه دفع العوض فيه ويمكنه دفع ما يستوفى [منه[1754]] مثل أن يكتري الرجل دارا بالنقد أو يكون العرف فيه النقد فيفلس المكتري قبل أن يقبض الدار أو بعد أن قبض وسكن بعض السكنى فأوجب ابن القاسم في المدونة للمكري المحاصة بكراء ما بقي من السكنى إذا شاء أن يسلمه وله مثل ذلك في العتبية، وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكري أن يسلمها ويحاصص بجميع كرائه، وهذا إنما يصح على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل الكراء قبضا لجميع الكراء فيجيز أخذ الدار للكراء من الدين، وأما ابن القاسم فالقياس على أصله أن يحاص الغرماء بكراء ما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ويحاص الغرماء بجميع الكراء، [ولو[1755]] لم يشترط في الكراء النقد ولا كان العرف فيه النقد لوجب على المذهب المتقدم إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة فكلما سكن شيئا أخذ بقدره من ذلك. اهـ. والمسألة في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب التفليس، واستوفى ابن رشد الكلام عليها فراجعه إن أردته. والله أعلم.

ص: **وإن نكل المفلس حلف كل كهو** ش: فهم من قوله: "المفلس" أن المدين إذا لم يفلس فليس لغريمه

الحديث ....

[1752] – في المطبوع وم14 والشيخ30 وسيد7 ويحيى16 فيها وما بين المعقوفين من ذي ص39.

[1753] – في المطبوع بعضهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص40 وم15 ويحيى16 والشيخ30.

[1754] *- في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من الشيخ سيديا30.

[1755] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من الشيخ31 وم15.

نص خليل ....

متن الحطاب 41 الحلف مع شاهده. قال ابن عرفة: اللخمي في كتاب الشهادات لابن حبيب عن الأخوين: وإن نكل مدين / عن الحلف مع شاهد له بدين قبل الضرب عليه فليس لغرمائه الحلف عليه، وبعده لهم ذلك. اهـ. ومثل المفلس الميت.

تنبيه: إذا قام للميت أو المفلس شاهد بقضاء دينه فهل يحلف غرماؤه معه أم لا؟ ذكر في العتبية في سماع عيسى من كتاب التفليس أن لهم ذلك، ونصه: وسألته عن الرجل يهلك فتقوم عليه امرأته بصداق عليه إلى أجل ببينة، وقام عليه غرماؤه فشهد لهم عليها شاهد واحد أن المرأة صالحت زوجها على أن وضعت له ذلك الصداق؟ قال: يحلف الغرماء مع شاهدهم ويستحقون حقوقهم، فإن أبوا أن يحلفوا حلف من رضي واستحقوا حقوقهم.

قال ابن رشد: قوله إن الغرماء يحلفون مع شاهدهم على إبراء الميت من الصداق ويستحقون حقوقهم في تركة الميت فيختصون بها دون المرأة صحيح على قياس قول مالك في الميت يقوم عليه الغرماء [وله[1756]] دين بشاهد واحد أن الغرماء يحلفون مع الشاهد على الدين فيستحقونه لأنفسهم من ديونهم؛ لأنها يمين مع الشاهد يصلون بها إلى استيفاء حقوقهم في المسألتين جميعا فلا فرق في المعنى، والقياس بين أن يبرئوا الميت من الصداق بحلفهم مع الشاهد فيستحقون تركته في ديونهم، وبين أن يثبتوا له الدين بحلفهم عليه مع الشاهد به فيستحقونه في ديونهم، وقد حكى ابن حبيب عن أصبغ أنه لا يحلف الغرماء في إبراء الميت، وإنما يحلفون في دين له لأن حلفهم على الدين رجم بالغيب؛ إذ لا يعلمون ذلك، وهو بعيد قد أنكره ابن المواز، وقال إن ذلك ليس رجما بالغيب، وإنما يحلفون بخبر مخبر كما يحلفون على إثبات دين له وذلك بين لا فرق في هذا المعنى بين الموضعين. اهـ. وذكر ابن فرحون في الباب الحادي عشر من القسم الثاني المسألة، والخلاف في المفلس عن المتيطي.

فرع: وهل يبدأ الورثة أو الغرماء؟ قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وقوله في هذه المسألة إن الغرماء يحلفون مع شاهدهم ويستحقون حقوقهم فالظاهر من قوله أنه يبدأ الغرماء بالأيمان على الورثة، وفي هذا تفصيل، أما إن كان فيما ترك المتوفى فضل عن حقوق الغرماء فلا اختلاف في أن الورثة يبدؤون بالأيمان، فإن حلفوا بطل دين المرأة واستحقوا ما فضل عن ديون الغرماء، فإن أبى الورثة أن يحلفوا حلف الغرماء ويأخذون حقوقهم، فإن فضل فضل بعد استيفائهم لم يكن للورثة أن يحلفوا عليه، ولم يكن لهم شيء منه؛ لأن الأيمان عرضت عليهم أولا فتركوها، إلا أن يقولوا لم نكن نعلم أنه يفضل لصاحبنا فضل، أو يعلم أن نكولهم من أجل ذلك فيحلفون ويأخذون ما بقي من دينه، وإن نكل الغرماء أيضا عن اليمين حلفت المرأة واستحقت دينها وحاصت الغرماء في جميع ما يخلفه المتوفى، وأما إن لم يكن فيما ترك فضل عن ديون المتوفى فاختلف قول مالك فيمن يبدأ باليمين، فالظاهر من قوله في الموطإ أن الورثة يبدؤون باليمين، وروى ابن وهب عنه أن الغرماء يبدؤون، وهو اختيار سحنون، وعليه تؤول قول مالك

الحديث ....

[1756] *- الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م15 ويحيى16 والشيخ31 وسيد7.

نص خليل وَقِيلَ تَعْيِينُهُ الْقِرَاضَ وَالْوَدِيعَةَ إنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ بِأَصْلِهِ وَالْمُخْتَارُ قَبُولُ قَوْلِ الصَّانِعِ بِلاَ بَيِّنَةٍ وَحُجِرَ أَيْضًا إنْ تَجَدَّدَ مَالٌ وَانفكَّ وَلَوْ بِلاَ حُكْمٍ وَلَوْ مَكَّنَهُم الْغَرِيمُ فَبَاعُوا وَاقْتَسَمُوا ثُمَّ دَايَنَ غَيْرَهُمْ فَلاَ دُخُولَ لِلأَوَّلِينَ كَتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ إلاَّ كَإِرْثٍ وَصِلَةٍ وَجِنَايَةٍ وَبِيعَ مَالُهُ بِحَضْرَتِهِ بِالْخِيَارِ ثَلاَثًا وَلَوْ كُتُبًا أَوْ ثَوْبَيْ جُمْعَتِهِ إنْ كَثُرَتْ قِيمَتُهُمَا وَفِي بَيْعِ آلَةِ الصَّانِعِ تَرَدُّدٌ وَأُوجِرَ رَقِيقُهُ بِخِلاَفِ مُسْتَوْلَدَتِهِ وَلاَ يُلْزَمُ بِتَكَسُّبٍ وَتَسَلُّفٍ وَاسْتِشْفَاعٍ وَعَفْوٍ لِلدِّيَةِ وَانْتِزَاعِ مَالِ رَقِيقِهِ أَوْ مَا وَهَبَهُ لِوَلَدِهِ وَعُجِّلَ بَيْعُ الْحَيَوَانِ وَاسْتُؤْنِيَ بِعَقَارِهِ كَالشَّهْرَيْنِ وَقُسِمَ بِنِسْبَةِ الدُّيُونِ بِلاَ بَيِّنَةِ حَصْرِهِمْ وَاسْتُؤْنِيَ بِهِ إنْ عُرِفَ بِالدَّيْنِ فِي الْمَوْتِ فَقَطْ.

متن الحطاب في موطئه فقال: إنما بدىء الورثة باليمين من أجل أن الغرماء لم يحلفوا، ولو كانوا حلفوا لكانوا هم المبدئين باليمين، وهو تأويل بعيد، والصواب أن ذلك اختلاف من قول مالك، ثم وجه كلا من القولين بما يطول ذكره.

فرع: إذا ادعى الغريم أنه لا مال له فأقام الطالب بينة على دار أو عرصة أنها ملكه فقال ابن فرحون في آخر التبصرة في فصل مسائل المديان: مسألة في بيع ملك الغريم، وفي المتيطية: وإذا أثبت الطالب مالا للغريم تعينه البينة وقف الغريم على ذلك، فإن أقر بذلك أمره الحاكم ببيعه وقضاء دينه، فإن أبى ضيق عليه بالضرب والسجن حتى يبيع، ولا يبيعه القاضي كبيعه على المفلس؛ لأن المفلس ضرب على يديه ومنع من ماله فلذلك بيع عليه، وهذا بخلافه. قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: وإن أنكر

42 الغريم الملك وعجز عن الدفع في شهادة من شهد له بالملك فقال بعض الموثقين:/ عندي أنه يبيعه عليه ولا يضطره إلى [بيع[1757]] ما [يبقى[1758]] منه. اهـ. وكلام المتيطية هذا ذكره فيها في البيوع في الكلام على بيع السلطان لهلاك الغريم. والله أعلم.

ص: **وقبل تعيينه القراض والوديعة [إن[1759]] قامت بينة بأصله** ش: هذا إذا كان إقراره بذلك بعد التفليس. قال ابن سلمون: وأما قبل التفليس فجائز لمن لا يتهم بدين أو وديعة أو قراض أو شيء بعينه مع يمين المقر لهم، وقيل بلا يمين. اهـ.

ص: **وبيع ماله بحضرته بالخيار ثلاثا** ش: تصوره واضح.

تنبيه: قال في المقدمات في كتاب التفليس: ويباع ماله من الديون إلا أن يتفق الغرماء على تركها حتى تقبض عند حلولها .اهـ.

43 ص: **وأوجر رقيقه بخلاف مستولدته** ش: مراده برقيقه من فيه عقد حرية وهو / واضح.

تنبيه: قال في المقدمات: فإن ادعى في أمة أنها أسقطت منه لم يصدق إلا أن تقوم بينة من النساء أو يكون قد فشا ذلك قبل ادعائه، وإن كان لها ولد قائم فقوله مقبول أنه منه. اهـ.

ص: **واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط** ش: في قوله: "في الموت فقط" نظر. قال ابن

الحديث ....

[1757] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص42 وم15 ويحيى17 والشيخ32.

[1758] – في المطبوع يستوفى وما بين المعقوفين من ن عدود ص42.

[1759] *– في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من يحيى17 وم15 والشيخ32.

نص خليل

وَقُوِّمَ مُخَالِفُ النَّقْدِ يَوْمَ الْحِصَاصِ وَاشْتُرِيَ لَهُ مِنْهُ بِمَا يَخُصُّهُ وَمَضَى إنْ رَخُصَ أَوْ غَلاَ وَهَلْ يُشْتَرَى فِي شَرْطِ جَيِّدٍ أَدْنَاهُ أَو وَسَطُهُ قَوْلاَنِ وَجَازَ الثَّمَنُ إلاَّ لِمَانِعٍ كَالاقْتِضَاءِ وَحَاصَّتِ الزَّوْجَةُ بِمَا أَنْفَقَتْ وَبِصَدَاقِهَا كَالْمَوْتِ لاَ بِنَفَقَةِ الْوَلَدِ.

متن الحطاب

رشد في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان بعد أن ذكر الخلاف في الاستيناء في الحاضر والقريب الغيبة: وأما البعيد الغيبة فلا اختلاف في وجوب الاستيناء به إذا خشي أن يكون عليه دين. اهـ. والله أعلم.

فرع: وأما بيع الورثة قبل قضاء الدين أو قسمتهم فقال في الشامل في باب التفليس: ومنع وارث من بيع قبل وفاء دين، فإن فعل ولم يقدر الغرماء على أخذه إلا بالفسخ فلهم ذلك إلا أن يدفعه الوارث من ماله على الأشهر كما لو أسقطوا دينهم. اهـ. وهذا الذي ذكره إذا كان الورثة عارفين بالدين أو كان الميت مشهورا بالدين وإلا لم ينقض البيع. قال في كتاب المديان من المدونة: وإذا باع الورثة التركة فأكلوا ذلك [واستهلكوه[1760]] ثم طرأت ديون على الميت فإن كان الميت معروفا بالدين فباعوه مبادرة لم يجز بيعهم وللغرماء انتزاع عروضه ممن هي في يده ويتبع المشتري الورثة بالثمن، وإن لم يعرف الميت بالديون وباعوه على ما يبيع الناس اتبع الغرماء الورثة بالثمن كان فيه وفاء أو لم يكن ولا تباعة على من ذلك المال بيده.

قال أبو الحسن: قوله للغرماء انتزاع عروضه من يد من هي بيده أي من يد المشتري. قال ابن محرز: قال في كتاب ابن المواز: إلا أن يشاء المشترون [أن يدفعوا[1761]] قيمة السلع يوم قبضوها على ما هي [به[1762]] من نماء أو نقص، وقوله: وإن لم يعرف الميت بالدين هذا مفهوم قوله: إذا كان الميت يعرف بالدين وباعوا مبادرة فظاهره لا ينتفي عنهم الغرم إلا بشرطين وليس كذلك؛ لأنه إذا لم يعرف بالدين سواء باعوا مبادرة أم لا؛ لأنه لا فائدة في الاستيناء، وقوله: لا تباعة على من ذلك المال بيده. قال ابن يونس: يريد إذا لم يحابوا وإن كانوا عدماء اتبعهم دون المشتري. اهـ . وانظر المشذالي في بيع الورثة أو قسمتهم قبل قضاء الدين، وتكلم هناك أيضا على حكم بيع أحد الشركاء طائفة معينة من الأرض، وانظر البرزلي في مسائل القسمة، وانظر اللخمي في كتاب المديان والتفليس [من[1763]] تبصرته فإنه فصل في بيع الورثة قبل قضاء الدين. والله أعلم.

44 ص: **وقوم مخالف النقد** ش: اعلم أن معرفة وجه التحاصص كما قال في المقدمات أن/ يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء دنانير إن كانت ديونهم دنانير أو دراهم إن كانت ديونهم دراهم أو طعاما إن كانت ديونهم طعاما على صفة واحدة أو عروضا إن كانت ديونهم عروضا على صفة واحدة، وإن كانت ديونهم مختلفة صرف مال الغريم عينا دنانير أو دراهم على الاجتهاد في ذلك ثم تحصر جميع ديونهم إن كانت صفة واحدة أو قيمتها إن كانت مختلفة حلت أو لم تحل. اهـ.

ص: **ومضى إن رخص أو غلا** ش: يريد إلا أن يكون ما صار له أكثر من جميع حقه فيرد الفضل للغرماء. قال في التوضيح: الباجي وصاحب المقدمات: فإن تأخر الشراء حتى غلا أو رخص فلا

الحديث ....

1760 – في المطبوع استهلكوا وما بين المعقوفين من يحيى18 وسيد7 والشيخ32.

1761 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص43 وم16 ويحيى17 والشيخ33.

1762 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في ذي43 وم16 ويحيى17 والشيخ33.

1763 – في المطبوع في وما بين المعقوفين من يحيى18 والشيخ33.

نص خليل ....

متن الحطاب تراجع فيه بينه وبين الغرماء إلا أن يكون فيما صار له أكثر من جميع حقه فيرد الفضل إلى الغرماء، وإنما يكون التحاسب بينه وبين الغريم، وقال المازري: ولو تغير السعر حتى صار يشتري له أكثر مما كان يشتري له يوم قسمة المال فالزائد بين الغرماء ويدخل معهم فيه كمال طرأ للمفلس، وذهب ابن الماجشون إلى أن هذا الفضل الذي حدث بمقتضى اختلاف الأسعار يستبد به هذا الغريم الموقوف له المال ويشترى له مما بقي له في ذمة المفلس بناء على أصله أن مصيبة ما [وقف من[1764]] ذلك ممن له الدين. اهـ. وقد حكى في الشامل في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه: ومضى وإن غلا أو رخص، وقيل إلا أن يصير له أكثر فيرد الفاضل للغرماء، وقيل يشترى له به أيضا مما بقي في ذمة المفلس. اهـ. وكأنه غره ظاهر كلام التوضيح حيث حكى عن الباجي وابن رشد أنه يمضي غلا السعر أو رخص، ثم حكى عن المازري قولين، فقد يتبادر من ظاهر الكلام أنهما مخالفان لكلام الباجي وابن رشد وليس كذلك، بل القول الأول في كلام المازري مخالف، والقول الثاني الذي نقله [عن[1765]] ابن الماجشون موافق لكلام الباجي وابن رشد.

ونص كلام ابن الماجشون على ما نقله ابن حبيب في مختصر الواضحة في ترجمة الرجل [يفلس[1766]] وعليه طعام وعروض: فإن حال السعر بعد أن وضع لهم الثمن ليشتري لهم بغلاء اتبعوا الغريم بالفضل، [وإن رخص لهم لم يرجع الغرماء عليهم بالفضل[1767]] إلا أن يكون فيما صار لهم أكثر من حقوقهم فيردوا الفضل على الغرماء، وإنما ذلك حكم نازل يحكم فيه فيمضي عليهم ولا يحول عنهم وإنما يحول عن الغريم وله، وإن اعتقبته الأسعار بالرخص والغلاء فكل قد كان عنده [احصاص[1768]] في دين الميت سواء. اهـ.

ولفظ ابن رشد في المقدمات فإن غلا السعر أو رخص فاشتريَ له بذلك أقل مما صار له في المحاصة لغلاء السعر أو أكثر لرخص السعر فلا تراجع في ذلك بينه وبين الغرماء إلا أن يكون فيما صار له أكثر من جميع حقه فيرد الفضل إلى الغرماء، وإنما التحاسب في زيادة ذلك ونقصانه بينه وبين الغريم يتبعه بما بقي من حقه [إن[1769]] قل لرخص السعر أو كثر لغلائه. اهـ. ولفظ الباجي [في المنتقى:[1770]] فإن تأخر الشراء حتى [غلا سعره أو رخص[1771]] فإنه لا تراجع فيه بينه وبين الغرماء، وإنما التحاسب بينه وبين المفلس في زيادة ذلك ونقصانه، [ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة فصار ذلك مختصا به، فزيادته ونقصانه[1772]] لا تتعلق [بسائر[1773]] الغرماء. اهـ. فظهر من هذا موافقة كلام ابن الماجشون

الحديث ....

[1764] *- في المطبوع وقف له من وما بين المعقوفين من م16 ويحيى17 والشيخ33 وسيد7.

[1765] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 وم16 ويحيى18 والشيخ33.

[1766] - في المطبوع المفلس وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 وم16 ويحيى18 والشيخ33.

[1767] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 ويحيى18 والشيخ33.

[1768] - في المطبوع اختصاص وما بين المعقوفين من ذي ص44 وم6 ويحيى18 وسيد7.

[1769] - ساقطة من المطبوع وم16 ويحيى18 وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 والشيخ33.

[1770] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 ويحيى18 والشيخ33.

[1771] - في المطبوع حتى غلا السعر ورخص وما بين المعقوفين من يحيى18 وسيد7 والشيخ33.

[1772] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 وم16 ويحيى18 والشيخ34.

الحديث ....

نص خليل

وَإِنْ ظَهَرَ دَيْنٌ أَوِ اسْتُحِقَّ مَبِيعٌ وَإِنْ قَبْلَ فَلَسِهِ رُجِعَ بِالْحِصَّةِ كَوَارِثٍ أَوْ مُوصًى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ وَإِن اشْتَهَرَ مَيِّتٌ بِدَيْنٍ أَوْ عَلِمَ وَارِثُهُ وَأَقْبَضَ رُجِعَ عَلَيْهِ وَأَخِذَ مَلِيءٌ عَن مُّعْدِمٍ مَّا لَمْ يُجَاوِزْ مَا قَبَضَهُ ثُمَّ رَجَعَ عَلَى الْغَرِيمِ وَفِيهَا الْبُدَاءَةُ بِالْغَرِيمِ وَهَلْ خِلاَفٌ أَوْ عَلَى التَّخْيِيرِ تَأْوِيلاَنِ فَإِنْ تَلِفَ نَصِيبُ غَائِبٍ عُزِلَ لَهُ فَمِنْهُ كَعَيْنٍ وُقِفَ لِغُرَمَائِهِ لاَ عَرْضٍ وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِكَدَيْنِهِ تَأْوِيلاَنِ وَتُرِكَ لَهُ قُوتُهُ.

متن الحطاب

كلام الباجي وابن رشد، فليس في المسألة غير قولين، [و[1774]]نقل ابن عرفة كلام ابن رشد وقال بعده: ونحوه للباجي، ولم يتعرض/ للقول الذي ذكره المازري، وجعله مقابلا لقول ابن الماجشون، ولا لكلام ابن الماجشون أيضا، إذا علم ذلك فكلام صاحب الشامل مشكل من وجوه: أحدها حكاية ثلاثة أقوال في المسألة اعتمادا على ظاهر ما في التوضيح إن كان اعتماده على ذلك. الثاني جعله بقية قول الباجي وابن رشد قولا ثانيا وهو قوله: وقيل إلا أن يصير له أكثر فيرد الفضل للغرماء؛ لأن ذلك من تتمة [كلامهما[1775]] وكلام ابن الماجشون أيضا كما تقدم بيانه. الثالث عدم ذكره للقول المقابل للمشهور الذي حكاه المازري، وجعله مقابلا لقول ابن الماجشون، وهو أن يكون [ما زاده[1776]] على ما نابه بالحصاص يوم القسمة بين الغرماء ويدخل هو معهم فيه، فالثلاثة الأقوال التي ذكرها على ما تحصل من كلامهم ترجع لقول واحد؛ لأن القول الثاني في كلامهم هو تتمة القول الأول، والقول الثالث في كلامه هو قول ابن الماجشون، ونقله عنه في التوضيح، وقد علم مما تقدم أنه موافق لما قاله الباجي وابن رشد فتأمله. والله أعلم.

45

تنبيه: بقي على المصنف أن ينبه على تتمة ما قاله الباجي وابن رشد وابن الماجشون من أنه يختص بما نابه بالحصاص يوم القسمة دون الغرماء إذا رخص السعر بما إذا لم يزد ما صار له على جميع حقه فإنه حينئذ يرد الفضل للغرماء، ونبه على ذلك الشارح، إلا أن ظاهر كلامه يقتضي أن ذلك من كلام ابن رشد فقط، وليس كذلك بل كلام الباجي شامل له أيضا. والله أعلم.

ص: وإن ظهر دين أو استحق مبيع وإن قبل فلسه رجع بالحصة كوارث أو موصى له على مثله ش: تصوره ظاهر./

46

فرع: فلو بيع بعض مال المفلس وبعض الغرماء [حاضرون، أو[1777]] قسمت التركة وصاحب الدين حاضر فنقل الشارح عن بعض الأشياخ في مسألة المفلس الاتفاق على أنه إذا كان الغريم حاضرا أنه لا يرجع على أحد منهم بشيء، ونقل ابن رشد في ذلك خلافا. قال في العتبية في نوازل عيسى من كتاب التفليس: وسئل عن الرجل يكون له على الرجل [ذكر حق[1778]] فلا يقوم به حتى يموت الذي عليه الحق واقتسم ورثته ماله وهو حاضر ينظر، ثم قام بعد بذكر الحق قال: فلا شيء له إلا أن يكون له

1773 – في المطبوع بما يرى وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 ويحيى18 والشيخ34 (وم16 بجميع).

1774 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 وم16 ويحيى18 والشيخ34.

1775 *– في المطبوع كلامها وما بين المعقوفين من م16 والشيخ34 ويحيى18.

1776 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص44 (وم16 ويحيى18 ما زاد) والشيخ34.

1777 – في المطبوع حاضر وم16 وما بين المعقوفين من ن عدود ص46 ويحيى18 والشيخ34.

1778 – في المطبوع الذكر الحق وما بين المعقوفين من ن عدود ص46 ويحيى18 والشيخ34.

نص خليل ....

متن الحطاب عذر في تركه القيام أو يكون لهم سلطان يمتنعون به أو نحو هذا مما يعذرون به فهو على حقه أبدا وإن طال زمانه إذا كان له عذر مما وصفنا؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يبطل حق امرىء مسلم[1] وإن قدم".

قال ابن رشد: هذا خلاف قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب أن السلطان إذا باع مال الميت فقضى بعض غرمائه وبقيتهم حضور ثم قاموا عليهم أن لهم الدخول ولا يضرهم علمهم بموت صاحبهم، وأن ماله بيع لمن قام طالبا لحقه من غرمائه لأنهم يقولون كنا على حقوقنا وعلمنا أنه لا يبطلها عنا قيام أصحابنا، وفرق بين ذلك وبين بيع مال المفلس يباع لبعض غرمائه وبعضهم حضور لا يقومون أن المفلس له ذمة تتبع، فيحمل سكوتهم على أنهم رضوا باتباع ذمته، والميت لا ذمة له، فيكون القول قولهم إنهم إنما سكتوا غير راضين بترك حقوقهم، وكان شيخنا أبو جعفر يقول ليس بين المسألتين فرق، ولو قيل في هذا الفرق بالعكس لكان أشبه، فتحصل في المسألة على ما كان يذهب إليه أربعة أقوال: لا قيام في المسألتين، والقيام فيهما جميعا، والفرق بينهما على ما في نوازل سحنون، والفرق بينهما على عكسه حسبما ذكرناه عن الشيخ. وبالله التوفيق. اهـ بلفظه. ثم لما ذكر مسألة نوازل سحنون لم يتكلم عليها بشيء، وقوله: "لا قيام في المسألتين" يعني مسألة الميت والمفلس إذا قضى السلطان بعض الغرماء كما يظهر بالتأمل، وقال ابن سلمون في فصل الإقرار لما ذكر مسائل يكون فيها السكوت إقرارا: وكذلك من كان له دين على تركة فقسمت التركة وهو حاضر ساكت فذلك يبطل دعواه في الدين. ذكره ابن حبيب عن مالك ولابن القاسم مثله.

قال مطرف: إلا أن يكون له عذر أو لم يجد عقدا أو خوف سلطان أو شبه ذلك [فيحلف أنه ما كان[1779]] تركه للقيام إلا لما ذكر ويأخذ حقه. قال بعضهم في هذه المسائل هي التي فيها السكوت كالإقرار. اهـ. وقوله: "أو لم يجد عقدا" كأنه –والله أعلم– إذا قال لم أعلم بالدين إلا حين وجدت العقد، وأما إذا كان عالما بالدين وقال إنما أخرت الكلام لأني لم أجد العقد أو البينة فالذي اقتصر عليه الجزولي والشيخ يوسف بن عمر أن ذلك لا يفيده، وصوبه أيضا ابن ناجي في شرح الرسالة، وذكر عن شيخه أبي مهدي أنه يقبل قوله ثم رجع عن ذلك، وسيأتي كلامهم في باب الشهادات عند كلام المؤلف على الحيازة. والله أعلم. وقول ابن فرحون في الباب الثالث والخمسين من التبصرة في القضاء [بالإقرار:[1780]] للإقرار أركان: الأول الصيغة، وهي لفظ أو ما يقوم مقامه كالإشارة والكتابة والسكوت. ثم قال: والسكوت مثل الميت تباع تركته وتقسم وغريمه حاضر ساكت لم يقم فلا قيام له إلا أن يكون له عذر. اهـ.

وقال في الباب الثاني والستين في القضاء بشهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق: فرع: وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحيازات: قال عبد الملك: وقال [لي[1781]] مطرف وأصبغ [و[1782]] لو مات الذي عليه الحق فقسم ورثته ميراثه وهو حاضر ينظر إليه، ثم قام بعد ذلك [بذكر[1783]] حقه فلا شيء له إلا أن

الحديث 1 – انظر البيان والتحصيل، ج11 ص189.

[1779] *– في المطبوع فيحلف إنما كان وما بين المعقوفين من الشيخ35 ويحيى18.
[1780] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص46 وم17 ويحيى18 والشيخ35.
[1781] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص46 وم17 ويحيى18 والشيخ35.
[1782] – ساقطة من المطبوع وم17 وما بين المعقوفين من ن عدود ص46 ويحيى18 والشيخ35.
[1783] *– في المطبوع وم17 ويحيى18 يذكر وما بين المعقوفين من سيد8 والشيخ35.

نص خليل وَالنَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ عَلَيْهِ لِظَنِّ يُسْرَتِهِ وَكِسْوَتُهُمْ كُلُّ دَسْتًا مُعْتَادًا وَلَو وَّرِثَ أَبَاهُ بِيعَ لاَ وُهِبَ لَهُ إنْ عَلِمَ وَاهِبُهُ أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَحُبِسَ لِثُبُوتِ عُسْرِهِ إنْ جُهِلَ حَالُهُ وَلَمْ يَسْأَلِ الصَّبْرَ لَهُ بِحَمِيلٍ بِوَجْهِهِ.

متن الحطاب يكون له عذر في ترك القيام بحقه؛ مثل أن يكون لم يعرف شهوده أو كانوا غيبا، أو لم يجد ذكر حقه إلا عند قيامه، أو يكون لهم سلطان يمتنعون به ونحو هذا مما يعذر فيه فيحلف بالله ما كان تركه القيام إلا للوجه الذي عذر به، ثم يكون على حقه وإن طال زمانه؛ لقوله/ صلى الله عليه وسلم: {لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم[1]} قالا فإن أبى أن يحلف حلف الورثة بالله ما يعلمون له حقا، فإن حلفوا برئوا وإن نكلوا غرموا أو من نكل منهم. قال فضل بن مسلمة: انظر هذه المسألة وانظر فيمن أقام شاهدا على حق له على ميت ونكل [أكان[1784]] يحلف الورثة أنهم لا يعلمون هذا الحق مثل ما قال هذا؟ فتدبره. اهـ. قال في المتيطية في كتاب الرهون وكتاب التفليس: وإذا استظهرت المرأة بصداقها بعد وفاة زوجها بمدة العشر سنين ونحوها وما يخلفه الميت بحاله لم يقسم ولا فوت فلها القيام بذلك ويقضى لها به، ولا يضرها سكوتها، وتحلف لما يجب عليها. قاله غير واحد من الشيوخ والدليل على صحة ذلك ما في نوازل عيسى، وذكر ما تقدم ولم يذكر خلافه، وسيأتي في آخر الشهادات في الكلام على الحيازة المدة المسقطة للدين إذا لم يقم به صاحبه. والله أعلم.

47

ص: **والنفقة الواجبة عليه** ش: قال الشارح: يعني ما ينفقه على من وجبت عليه نفقته كزوجاته وولده وأمهات أولاده ومدبريه. اهـ . ولم يذكر الوالدين، وذكر في التوضيح عن البيان أنه قال في قوله في المدونة في الزكاة الأول: "يترك له ما يعيش به هو وأهله الأيام" والمراد بالأهل في المدونة أزواج المفلس ومن تلزمه نفقته من رقيقه وأمهات أولاده ومدبريه. اهـ. ولم يذكر الوالدين، وقال أبو الحسن الصغير في شرح كلام المدونة المتقدم: والأهل هنا من تلزمه نفقته كالزوجة والولد الصغير والأبوين الفقيرين لأن الغرماء عاملوه على ذلك، وهذه بخلاف المستغرق الذمة بالمظالم والتباعات [إذا فلس[1785]] فإنه لا يترك له إلا ما يسد جوعته لأن أهل الأموال لم يعاملوه على ذلك. قاله ابن رشد. اهـ.

ص: **وكسوتهم كل دستا معتادا** ش: يعني بالدست القميص والعمامة والسراويل والمكعب وهو المداس، ويزاد في الشتاء الجبة. هكذا فسر الدست النووي في منهاجه، وزاد بعض شراحه الدراعة التي تلبس فوق القميص إن كان مما يليق بحاله، ونقل عن الإمام الشافعي أنه لا يترك له الطيلسان، وذكر أنه قال: إن تركه لا يخل بالمروءة، وخالفه في ذلك أصحابه ومنعوا قوله: "لا يخل بالمروءة". قال الشارح: وتزاد المرأة على ما ذكرنا المقنعة والإزار وغيرهما مما يليق بحالها. اهـ.

ص: **وحبس لثبوت عسره** ش: قال في المقنع: ويحبس الأخرس فيما يجب عليه إذا كان يعقل ويكتب ويشير، وهو كالصحيح، ويحبس الأعمى والمقعد ومن لا يدان له ولا رجلان وجميع من به وجع لا يمنعه ذلك من الحبس، والظاهر أن معنى "ومن به وجع الخ" أن من به مرض فإن ذلك لا يمنع من حبسه. اهـ.

الحديث 1 – انظر البيان والتحصيل، ج11 ص189.

[1784] – في المطبوع وم17 ويحيى19 والشيخ35 إن كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص47.

[1785] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص47 وم17 ويحيى19 والشيخ35.

48 **فرع:** قال ابن عرفة: تلقى الأشياخ بالقبول ما في ثمانية أبي زيد لا يسجن في الحديد إلا/ من سجن في دم.

نص خليل فَغَرِمَ إن لَّمْ يَأتِ بِهِ وَلَوْ أثْبتَ عُدْمهُ أوْ ظَهَرَ مَلاَؤُهُ إنْ تفَالَسَ وَإنْ وَعَدَ بِقضَاءٍ وَسَأَلَ تأْخِيرَ كَالْيَوْمِ أَعْطَى حَمِيلاً بِالْمَالِ وَإِلاَّ سُجِنَ كَمَعْلُومِ الْمَلاَءِ وَأُجِّلَ لِبَيْعِ عَرْضِهِ إنْ أعْطَى حَمِيلاً بِالْمَالِ وَإلاَّ سُجِنَ وَفِي حَلِفِهِ عَلَى عَدَمِ النَّاضِّ تَرَدُّدٌ وَإنْ عُلِمَ بِالنَّاضِّ لَمْ يُؤَخَّرْ وَضُرِبَ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ وَإنْ شَهِدَ بِعُسْرِهِ أنَّهُ لاَ يُعْرَفُ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ وَلاَ بَاطِنٌ حَلَفَ كَذَلِكَ وَزَادَ وَإنْ وَجَدَ لَيَقْضِيَنَّ وَأُنْظِرَ وَحَلَّفَ الطَّالِبَ إن ادَّعَى عَلَيْهِ عِلْمَ الْعُدْمِ وَإنْ سَأَلَ تَفْتِيشَ دَارِهِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ وَرُجِّحَتْ بَيِّنَةُ الْمَلاَءِ إنْ بَيَّنَتْ وَأُخْرِجَ الْمَجْهُولُ إنْ طَالَ سِجْنُهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَالشَّخْصِ وَحُبِسَ النِّسَاءُ عِنْدَ أَمِينَةٍ أوْ ذَاتِ أَمِينٍ وَالسَّيِّدُ لِمُكَاتَبِهِ وَالْجَدُّ وَالْوَلَدُ لأَبِيهِ لاَ عَكْسُهُ كَالْيَمِينِ إلاَّ الْمُنْقَلِبَةَ وَالْمُتَعَلِّقَ بِهَا حَقٌّ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَ كَالأَخَوَيْنِ وَالزَّوْجَيْنِ إنْ خَلاَ وَلاَ يُمْنَعُ مُسَلِّمًا أوْ خَادِمًا بِخِلاَفِ زَوْجَةٍ وَأُخْرِجَ لِحَدٍّ أوْ ذَهَابِ عَقْلِهِ لِعَوْدِهِ وَاسْتُحْسِنَ بِكَفِيلٍ بِوَجْهِهِ لِمَرَضِ أَبَوَيْهِ وَوَلَدِهِ وَأَخِيهِ وَقَرِيبٍ جِدًّا لِيُسَلِّمَ لاَ جُمْعَةٍ وَعِيدٍ وَعَدُوٍّ إلاَّ لِخَوْفِ قَتْلِهِ أوْ أَسْرِهِ.

متن الحطاب **قلت:** وكذا من لا يؤمن هروبه.

فرع: وانظر أجرة الحباس على من؟ لم أر الآن فيها نصا، والظاهر أنها كأجرة أعوان القاضي تكون من بيت المال، فإن لم يكن فتكون على الطالب إن لم يلد المطلوب [ويختفى[1786]]. كذا نص عليه ابن فرحون في تبصرته. والله أعلم.

ص: [فغرم[1787]] إن لم يأت ولو أثبت عدمه ش: قال في التوضيح: قال ابن راشد القفصي: وإذا قبل منه الحميل ليثبت عدمه فغاب الغريم وأثبت الحميل عدم الغريم فقال ابن رشد يغرم لتعذر اليمين اللازمة للغريم/، وقال اللخمي: لا يغرم. لأن اليمين بعد ثبوت الفقر أنه لم يكتم شيئا استظهار، إلا أن يكون ممن يظن أنه يكتم. اهـ. واقتصر في التوضيح في باب الضمان على نقل كلام اللخمي، وذكر أن المازري قال: يجري فيها قولان، وجزم هناك في المختصر بكلام اللخمي فقال: إلا إن أثبت عدمه. فتأمل ذلك. والله أعلم. ونبه على هذا ابن غازي. 49

ص: وأخرج لحد ش: تصوره ظاهر.

فرع: إذا وجبت عليه دعوى هل يخرج ليسمعها أم لا؟ ظاهر كلام ابن بطال أو صريحه في كتاب المقنع في باب الحكم على المسجون أنه لا يخرج، ونصه: قال ابن كنانة فيمن سجنه الإمام وللناس عليه ديون هل يسمع الإمام بينة خصمه ومن يزكيهم ويقضى عليه؟ قال: [يأمره[1788]] الإمام أن يوكل من يخاصم له ويعذر إليه، فإن أبى أن يوكل [قضى[1789]] عليه إذا شهدت البينة وزكوا بعد أن [يعذر[1790]] إليه، فإن حضر خروج خصمه إلى سفر أو مرض أو خشي فراقهم أشهد على شهادتهم. اهـ. وأصله في النوادر في كتاب الأقضية الثاني. وقوله: "[فإن[1791]] حضر الخ" يعني قبل الإعذار إلى

الحديث ....

[1786] *– كذا في النسخ.

[1787] – في المطبوع يغرم وما بين المعقوفين من م17 والشيخ36.

[1788] – في المطبوع يامر وما بين المعقوفين من ن عدود ص49 وم17 ويحيى19 والشيخ36.

[1789] – في المطبوع يقضى وما بين المعقوفين من يحيى19 والشيخ36 وسيد9.

[1790] – في المطبوع يعذروا وما بين المعقوفين من ن عدود ص49 وم17 ويحيى19 والشيخ36.

[1791] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م17 وسيد9 والشيخ36.

نص خليل وَلِلْغَرِيمِ أَخْذُ عَيْنِ مَالِهِ الْمُحَازِ عَنْهُ فِي الْفَلَسِ لاَ الْمَوْتِ وَلَوْ مَسْكُوكًا.

متن الحطاب المسجون، وما ذكره في هذا الباب مخالف لما ذكره بعد هذا في باب نظر القاضي في مال الغيب والحبس فيها من أنه يخرج، ونصه: ويخرج القاضي المحبوس في الدين إذا خوصم في مال لآخر حتى يثبت [عليه،[1792]] فإن ثبت عليه مال آخر [وحكم[1793]] به عليه كتبه القاضي أنه محبوس بذلك أيضا. اهـ. ونحوه للمازري، ونصه: لو سلم الكفيل الغريم وهو محبوس في حبس القاضي فإن هذا التسليم يسقط الكفالة لكون المتكفل له يتمكن من طلبه وهو في الحبس ومحاكمته عند القاضي الذي حبسه حتى يمكنه من حقه ويقضي بذلك على المحبوس، وإن [وجب[1794]] حبسه زاد في مقدار أمد الحبس لأجل هذا الطلب الثاني بحسب ما يقتضيه الاجتهاد. اهـ. والله أعلم.

فرع: قال ابن بطال في باب نظر القاضي: وإذا حبس رجل لرجل في دين فأقر المحبوس أنه قد كان أجر نفسه من رجل آخر إلى مكة، أو على أن يعمل له عملا لم يخرج من الحبس بإقراره الذي أقر به ويتهم أن يكون أراد الخروج من الحبس، فإن قامت عليه بينة بأنه أجر نفسه قبل أن يحبس في حضر/ أو سفر يسافره، أو كان صانعا في شيء يصنعه كان مما يعمله في الحبس أو يعمله خارجا لم يخرج من الحبس، فإن أوفى وخرج طولب بذلك بعد الخروج، فإن أراد صاحب الأجرة أن يفسخ الإجارة فذلك له إذا حبس. 50

فرع: قال ابن بطال أيضا: وإذا أراد رجل أن يخرج [بامرأته[1795]] إلى بلد ينتقل إليه فأقام رجل عليه البينة بدين متقدم عليها، [أو[1796]] أقرت [بدين[1797]] في ذلك الوقت [بلا[1798]] بينة، أو ابتاعت من رجل بيعا لزمها به بدين فأرادوا حبسها في الحبس، وقال الزوج بل أخرجها وتتبعونها حيث كانت، أو قال إنما أقرت أو ابتاعت لئلا أخرج بها، فأما ما قامت عليه البينة من ذلك فإنها تحبس بذلك ولا تخرج من الحبس ولا يخرجها الزوج إلا بعد دفع الحق، وأما إن أقرت بذلك فإن القاضي ينظر في ذلك، فإن كانت أقرت لأب أو لأحد ممن يتهم أو يرى أنها إنما أرادت أن تعوق بذلك الزوج عن الخروج بها لم يجز ذلك، وينظر القاضي في ذلك على قدر ما يرى حين ينزل أو يشاور في ذلك. اهـ.

ص: وللغريم أخذ عين ماله [المحوز[1799]] عنه في الفلس لا الموت ش: مفهوم قوله: "[المحوز[1800]] عنه" أنه لو لم [يحز[1801]] عنه ليس كذلك، أما في الفلس فهو أحق بها من باب أحرى، وأما في الموت فهو أحق بها أيضا. قال في المقدمات: ولا خلاف في مذهبنا أن البائع أحق بما في يده في الموت والفلس، وأنه أحق بما أسلمه ما ألفاه قائما عند المبتاع في الموت

الحديث ....

[1792] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص49 ويحيى19 والشيخ36.
[1793] – في المطبوع وكتب وما بين المعقوفين من ن عدود ص49 وم17 ويحيى19 والشيخ36.
[1794] – في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص49 وم17 ويحيى19 والشيخ36.
[1795] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص50 وم17 ويحيى19 والشيخ37.
[1796] – في المطبوع ان وما بين المعقوفين من ن عدود ص50 وم17 والشيخ37.
[1797] – في المطبوع بينة وما بين المعقوفين من ن عدود ص50 وم17 ويحيى19 والشيخ37.
[1798] *– في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من م17 ويحيى19 والشيخ37.
[1799] – في المطبوع المحاز وما بين المعقوفين من الشيخ37 وسيد9.
[1800] – في المطبوع المحاز وما بين المعقوفين من الشيخ37.
[1801] – في المطبوع يجز وما بين المعقوفين من الشيخ37 وسيد9.

نص خليل

وَآبِقًا وَلَزِمَهُ إن لَّمْ يَجِدْهُ إن لَّمْ يَفْدِهِ غُرَمَاؤُهُ وَلَوْ بِمَالِهِمْ وَأَمْكَنَ لاَ بُضْعٌ وَعِصْمَةٌ وَقِصَاصٌ وَلَمْ يَنْتَقِلْ لاَ إنْ طُحِنَتِ الْحِنْطَةُ أَوْ خُلِطَ بِغَيْرِ مِثْلٍ أَوْ سُمِّنَ زُبْدُهُ أَوْ فصل ثَوْبُهُ أَوْ ذُبِحَ كَبْشُهُ أَوْ تَتَمَّرَ رُطَبُهُ كَأَجِيرِ رَعْيٍ وَنَحْوِهِ وَذِي حَانُوتٍ فِيمَا بِهِ وَرَادٍّ لِسِلْعَةٍ بِعَيْبٍ وَإنْ أَخِذَتْ عَنْ دَيْنٍ وَهَلِ الْقَرْضُ كَذَلِكَ وَإن لَّمْ يَقْبِضْهُ مُقْتَرِضُهُ أَوْ كَالْبَيْعِ خِلاَفٌ وَلَهُ فَكُّ الرَّهْنِ وَحَاصَّ بِفِدَائِهِ.

متن الحطاب

والفلس، وإنما وقع الخلاف بينهم في بعض المسائل لاختلافهم من أي قسم هي. اهـ. وفي بعض ما ذكره نظر. اهـ. فتأمله. والله أعلم.

فرع: إذا قيم على المفلس فوجد بعض الناس سلعة له فأراد أخذها فخاصمه المفلس في عينها فوقفت السلعة ثم مات المفلس. فقال في كتاب الهبات من المدونة إن ربها أحق بها إن ثبتت ببينة. اهـ.

فرع: قال الفاكهاني في شرح العمدة في باب الرهن: حيث يكون البائع أحق بسلعته هل يفتقر أخذها إلى حكم حاكم، أو يستبد بأخذها؟ لا أعلم لأصحابنا فيها نصا، وظاهر الحديث1 يدل على الاستبداد. اهـ.

قلت: إن سلم الغرماء له أخذها لم يحتج إلى حكم حاكم، وإن لم يسلموا له ذلك فلا بد من حكم حاكم وهو ظاهر. والله أعلم.

ص: **وآبقا ولزمه إن لم يجده** ش: هذا قول ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس/ قال ابن رشد: قال أصبغ: ليس له إلا المحاصة، ولا يجوز له أن يتركها، ويتبع العبد لأنه دين بدين وخطار، وهو أظهر الأقوال. اهـ. ونقله أيضا بالنص المذكور في آخر أول رسم من سماع أشهب من كتاب السلم والآجال، ونقله كذلك أيضا في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الجنايات وزاد فيه أيضا بعد قوله: "وهو أظهر الأقوال" وأولاها بالصواب. اهـ. وفي المسألة قول ثالث أن البائع مخير بين المحاصة وبين أن يطلب العبد، فإن وجده كان أحق به وإن لم يجده رجع فحاص الغرماء. قاله في آخر رسم من سماع أشهب [من[1802]] كتاب السلم وهو –والله أعلم– فيما إذا كان المشتري عالما بعيب الإباق أو تبرأ منه البائع وبينه. والله أعلم.

51

ص: **وذي حانوت فيما به** ش: لم يتكلم الشارح عليه ويشير به إلى قوله في المدونة وأرباب الدور والحوانيت أسوة الغرماء في الفلس والموت، [وليسوا[1803]] أحق بما فيها، ونقله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: [ومكري[1804]] الدابة أحق بما حملت.

ص: **وراد لسلعة بعيب** ش: يعني أن من اشترى سلعة فردها بعيب ففلس البائع قبل أن يأخذ المشتري [منه[1805]] الثمن، فوجد المشتري السلعة التي ردها بعيب قائمة بيد المفلس فإنه لا يكون أحق بها بناء على أن الرد بالعيب نقض بيع، وقيل هو أحق بها بناء على أنه ابتداء بيع. كذا

الحديث

1- البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، رقم الحديث2402، ومسلم، كتاب المساقاة، رقم الحديث1559.

[1802] – في المطبوع في وما بين المعقوفين من الشيخ37 وسيد9.

[1803] *- في المطبوع وليس وما بين المعقوفين من عدود ص 51.

[1804] – في المطبوع في مكري وم18 وما بين المعقوفين من ن عدود ص51 ويحيى20 والشيخ37.

[1805] – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص51 وم18 ويحيى20 والشيخ37.

نص خليل لاَ بِفِدَاءِ الْجَانِي.

متن الحطاب [قال[1806]] في المقدمات، وقال الشارح: المعنى أن من اشترى سلعة ثم اطلع بها على عيب فأراد ردها على البائع فوجده قد فلس فإن له ردها ولا يكون أحق بها، ونحوه في ابن عبد السلام والتوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والراد [للسلعة[1807]] بعيب لا يكون أحق بها في الثمن، وهذا الفرع الذي ذكره الشارح والمصنف في التوضيح تبعا لابن [عبد السلام[1808]] ذكره ابن رشد من باب أحرى

52 والموجب لحمل المصنف في التوضيح كلام ابن الحاجب على هذا/ المعنى أنه ذكر هذه المسألة بعد قوله: "وفي كون المشتري أحق بالسلعة تفسخ لفساد البيع قولان" وفي بعض النسخ: ثالثها في النقد دون العين، فلما كان المعنى في هذه المسألة أنه إذا فسخ البيع هل يكون المشتري أحق بالسلعة حتى يستوفي منها ما دفعه أم لا ناسب أن تحمل المسألة الأخرى على أنه إذا اطلع المشتري على عيب، فأراد أن يرد السلعة بسبب ذلك العيب ويتمسك بها حتى يستوفي منها ما دفعه فهل له ذلك أم لا؟ فقال لا يكون له ذلك في مسألة الرد بالعيب. ولهذا قال المصنف إثر الكلام المتقدم: "ولم يجر في هذه من الخلاف ما جرى في التي قبلها لأن المشتري ههنا مختار للرد بخلاف الأولى فإنه مجبر عليه". ثم قال في التوضيح: قال في المقدمات وهذا على أن الرد بالعيب نقض بيع وعلى أنه ابتداء بيع يكون أحق اهـ وهذا غير ظاهر لأن ابن رشد لم يقل هذا في هذه المسألة وإنما قاله في الفرع الذي حملنا عليه كلام المصنف وهو ما إذا رد ثم فلس وأما في هذه المسألة وهي ما إذا علم بالفلس ثم رد على المفلس فينبغي أنه لا يختلف في أنه لا يكون أحق بها فتأمله. وأما قول المصنف: "وإن أخذت عن دين" [فلا معنى له لأنه لما حكم بأن الراد لا يكون أحق بالسلعة إذا بيعت فمن باب أولى إذا أخذت عن دين.[1809]] فلو قال: وإن أخذت بالنقد كان أبين؛ لأن الذي يفرق بين النقد والدين في مسألة البيع الفاسد يقول إذا بيعت بالنقد يكون أحق وإذا بيعت بالدين لا يكون أحق على أني لم أقف على خلاف في هذه المسألة كما قال ابن غازي، وإنما ذكروا التفرقة في مسألة البيع الفاسد، اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف على القول الأول في كلام ابن رشد؛ وهو أن الراد للسلعة بالعيب يكون أحق بها؛ ويكون التشبيه في كلامه راجعا لأصل المسألة، فتحسن المبالغة حينئذ ويكون المعنى أن الراد للسلعة بالعيب يكون أحق بها ولو كان أخذها عن دين ولم يشترها بالنقد، وهذا هو المتبادر من حل ابن غازي للمسألة فتأمله. والله أعلم.

ص: **لا بفداء الجاني** ش: قال ابن الحاجب: ولا يحاص بفداء الجاني إذ ليس في ذمة المفلس. ابن عبد السلام: يعني أن العبد إذا جنى عند المشتري جناية ثم فلس المشتري فالحكم في هذا العبد كالحكم إذا كان رهنا ثم جنى، وإنما يفترق الحكم في محاصة السيد خاصة لأن البائع لا يحاص هنا، ويحاص في مسألة الرهن لأن الدين الذي أراده في مسألة الرهن كان في ذمة المشتري، والجناية لم تكن

الحديث ....

1806 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص51 وم18 ويحيى20 والشيخ37.

1807 - في المطبوع والراد السلعة وما بين المعقوفين من ذي ص51 وم18 والشيخ38 وسيد8 وفي يحيى والراد لسلعة.

1808 *- في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من م18 وسيد8.

1809 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص52 وم18 ويحيى20.

نص خليل وَنَقْضُ الْمُحَاصَّةِ إنْ رُدَّتْ بِعَيْبٍ وَرَدُّهَا وَالْمُحَاصَّةُ بِعَيْبٍ سَمَاوِيٍّ أَوْ مِن مُشْتَرِيهِ أَوْ أَجْنَبِيٍّ لَمْ يَأْخُذْ أَرْشَهُ أَوْ أَخَذَهُ وَعَادَ لِهَيْئَتِهِ وَإِلاَّ فَبِنِسْبَةِ نَقْصِهِ وَرَدُّ بَعْضِ ثَمَنٍ قُبِضَ وَأَخْذُهَا.

متن الحطاب في ذمة المشتري، وإنما كانت في رقبة العبد فلا يرجع به البائع على المشتري، وهو مراد المؤلف بقوله: "ولا يحاص" الخ. اهـ.

ص: ونقض المحاصة إن رد بعيب ش: الأولى أن تكون هذه [المسألة[1810]] مستقلة، ويكون قوله: "وردها" من تعلقات قوله: "والمحاصة بعيب سماوي" كما نبه عليه الشيخ عبد العزيز التكروري وابن الفرات وابن غازي. والله أعلم.

ص: وردها والمحاصة بعيب سماوي ش: [يعني أن البائع إذا وجد سلعته بيد المفلس بعد التفليس فأخذها ثم اطلع على عيب سماوى حدث عند المفلس فله رد السلعة والمحاصة بثمنها، فقوله: "بعيب" متعلق بقوله: "ردها" والمعنى له رد السلعة والمحاصة بثمنها بسبب عيب سماوي؛[1811]] يريد وله أن يتمسك بها ولا شيء له بسبب العيب الحادث/ عند [المفلس.[1812]] نص على هذا ابن الحاجب وشارحاه. قال ابن الحاجب: فلو أخذها فوجد عيبا حادثا فله ردها ويحاص إن حبسها ولا شيء له. ابن عبد السلام: يعني فلو وجد البائع سلعة بيد المشتري بعد التفليس فأخذها منه، ثم اطلع على عيب حدث عند المشتري فللبائع رد السلعة على المشتري ويحاص بثمنها، وله أن يتمسك بها ولا شيء له بسبب العيب الحادث عند المشتري، ولعل هذا كالمتفق عليه. اهـ . ونحوه في التوضيح، وعلى هذا ففي قول الشارح في الوسط: "يعني أن البائع إذا أخذ سلعته فوجدها قد تعيبت عند المفلس عيبا سماويا فإن له أن يحاص الغرماء بأرش العيب إن شاء، وإن شاء ردها وحاص بجميع الثمن. [اهـ.[1813]] نظر؛ لأنه مخالف لما تقدم، ومشى في شامله على ما في شرحه. والله أعلم.

53

ص: ورد بعض ثمن [قبض[1814]] وأخذها ش: أي إذا قبض بعض ثمن المبيع ثم فلس المشتري فللبائع أن يرد البعض الذي قبضه ويأخذ سلعته، وله أن يحاص بالباقي، فإن تعدد المبيع كما لو باع عبدين بعشرين دينارا فاقتضى من ثمنهما عشرة وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده وفلس، فأراد البائع أخذ العبد الثاني منهما فليس له أخذه إلا أن يرد من العشرة التي اقتضاها خمسة؛ لأن العشرة الأولى كانت مقبوضة عليهما، وهذا إن كانت قيمتهما [بسواء،[1815]] وإلا فض العشرة المقتضاة أولا عليهما ورد حصة الباقي، وهذا هو المشهور.

الحديث ....

1810 – ساقطة من المطبوع وم18 ويحيى20 وما بين المعقوفين من ن عدود ص52 والشيخ38.

1811 – ساقطة من المطبوع وم18 وما بين المعقوفين من ن عدود ص52 ويحيى20 والشيخ38.

1812 – في المطبوع الفلس وما بين المعقوفين من ذي ص53 وسيد8 والشيخ38 ويحيى20.

1813 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص53 ويحيى20 وم18 والشيخ39.

1814 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص53 وم18 والشيخ39 ويحيى20.

1815 – في المطبوع بعداء وما بين المعقوفين من ذي وعدود وفي يحيى20 والشيخ39 وم180 سواء.

نص خليل

وَأَخْذُ بَعْضِهِ وَحَاصَّ بِالْفَائِتِ كَبَيْعِ أُمٍّ وَلَدَتْ وَإِن مَّاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ بَاعَ الْوَلَدَ فَلاَ حِصَّةَ وَأَخَذَ الثَّمَرَةَ وَالْغَلَّةَ إِلاَّ صُوفًا تَمَّ أَوْ ثَمَرَةً مُؤَبَّرَةً وَأَخَذَ الْمُكْرِي دَابَّتَهُ وَأَرْضَهُ وَقُدِّمَ فِي زَرْعِهَا فِي الْفَلَسِ ثُمَّ سَاقِيهِ ثُمَّ مُرْتَهِنُهُ وَالصَّانِعُ أَحَقُّ وَلَوْ بِمَوْتٍ بِمَا بِيَدِهِ وَإِلاَّ فَلاَ إِن لَّمْ يُضِفْ لِصَنْعَتِهِ شَيْئًا إِلاَّ النَّسْجَ فَكَالْمَزِيدِ يُشَارِكُ بِقِيمَتِهِ وَالْمُكْتَرِي بِالْمُعَيَّنَةِ وَبِغَيْرِهَا إِنْ قُبِضَتْ وَلَوْ أُدِيرَتْ وَرَبُّهَا بِالْمَحْمُولِ وَإِن لَّمْ يَكُن مَعَهَا مَا لَمْ يَقْبِضْهُ رَبُّهُ وَفِي كَوْنِ الْمُشْتَرِي أَحَقَّ بِالسِّلْعَةِ يُفْسَخُ لِفَسَادِ الْبَيْعِ أَوْ لاَ أَوْ فِي النَّقْدِ أَقْوَالٌ وَهُوَ أَحَقُّ بِثَمَنِهِ وَبِالسِّلْعَةِ إِنْ بِيعَتْ بِسِلْعَةٍ وَاسْتُحِقَّتْ.

متن الحطاب

ص: **وأخذ بعضه وحاص بالفائت** ش: يريد إلا أن يدفع له ثمن الباقي ولو من أموالهم، ولا يكونون أحق بقدر [الفداء[1816]] على الأرجح. قاله في الشامل. وظاهر التوضيح ترجيح الثاني.

ص: **كبيع أم ولدت** ش: يعني أن من اشترى أمة فولدت عنده ثم باعها دون ولدها، ثم فلس فقام البائع يطلب الثمن فوجد الولد دون أمه فإن حكمه في ذلك حكم ما تقدم من السلعتين؛ فيكون مخيرا بين أن يأخذ الولد بما يصيبه من الثمن، ويحاص الغرماء بما أصاب الأم منه، وذلك بأن يفض الثمن الذي له على قيمة الأم يوم بيعها وقيمة الولد، إلا أن يشاء الغرماء أن يدفعوا له جميع الثمن، وبين أن يترك الولد ويحاص بجميع الثمن. انظر ابن عبد السلام وابن عرفة.

ص: **وأخذ الثمرة والغلة** ش: يعني أن المشتري الذي هو المفلس يأخذ الثمرة التي أثمرت عنده والغلة بخلاف الولد، ولم يذكره الشيخ اكتفاء بما تقدم. قال ابن الحاجب: ويأخذ الولد بخلاف الثمرة والغلة. [قال في التوضيح: يعني إذا أراد البائع أخذ سلعته فإنه ياخذ ولد الامة أو غيرها من الحيوان لأنه كالجزء منها، بخلاف الثمرة والغلة[1817]] فليس له أخذهما؛ لأنهما من الخراج، والخراج [للمبتاع[1818]] للضمان، وعطف الغلة على الثمرة من عطف العام على الخاص، ويحتمل أن يريد بالغلة ما ليس قائم العين.

تنبيه: إنما تكون الثمرة التي حدثت عند المشتري غلة إذا جذت، وأما [ما[1819]] دامت في أصولها فإنها ترد وياخذها البائع على المشهور، وقيل إنها تفوت بالإبار، واتفق على أن الصوف يرد مع الغنم قبل الانفصال. قاله في التوضيح.

54 ص: **إلا صوفا تم أو ثمرة مؤبرة** ش: أي وقت الشراء فإنهما/ لا يكونان غلة وللبائع أخذهما، فإن

55 فاتا حاص بما ينوبهما من الثمن. قاله في / الشامل، وأصله في التوضيح.

ص: **وفي كون المشتري أحق بالسلعة تفسخ لفساد البيع أولا أو في النقد أقوال** ش: القول الأول بأنه أحق نقله ابن يونس عن رواية ابن المواز عن ابن القاسم ذكره في مسألة غلق الرهن، فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه. والله أعلم.

الحديث ....

[1816] *- في المطبوع العداء وما بين المعقوفين من م18 وسيد8 ويحيى21 والشيخ39.

[1817] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص53 وم19 ويحيى21 والشيخ39.

[1818] - في المطبوع للبائع وم19 ويحيى21 والشيخ39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص53.

[1819] *- في المطبوع إن وما بين المعقوفين من م19 وسيد9 والشيخ39 ويحيى21.

نص خليل وَقُضِيَ بِأَخْذِ الْمَدِينِ الْوَثِيقَةَ أَوْ تَقْطِيعِهَا لاَ صَدَاقٍ قُضِيَ وَلِرَبِّهَا رَدُّهَا إن ادَّعَى سُقُوطَهَا.

متن الحطاب ص: **وقضي بأخذ المدين الوثيقة أو تقطيعها لا صداق قضي** ش: يعني أن المديان إذا دفع الحق لصاحبه وأراد أخذ الوثيقة أو تقطيعها فإنه يقضى له بذلك إن امتنع رب الدين من ذلك. قال الشيخ أبو الحسن الصغير في آخر كتاب المديان عند قول المدونة: "ومن أمر رجلا يدفع إلى فلان ألف درهم" قال: عني أو لم يقل، ثم قال الآمر كانت لي دينا على المأمور وأنكر المأمور وقال بل أسلفته إياها فالقول قول المأمور. قال أبو إسحاق: إلا أن يعلم أن مثله لا يملك هذا القدر لعدمه وفلسه. يؤخذ من هذه المسألة من اقتضى دينا لا يلزمه أن يدفع الوثيقة لغريمه المطلوب خوف دعوى السلف. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن دينار يجبر على دفعها وتقطع.

قال ابن الهندي: ولا يبرأ بدفعها إلى الغريم إذا قام الطالب عليه واستظهر المطلوب في الوثيقة أنه يقول سقطت مني فحكم عليه بردها للطالب وبالغرم بعد يمين الطالب. اهـ. وقال في العتبية في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب المديان: وسئل عن رجل لقي رجلا [فقال[1820]] أشهدك أني قد تقاضيت من فلان مائة دينار كانت لي عليه فجزاه الله خيرا فإنه أحسن قضائي فليس لي عليه قليل ولا كثير، فلقي الرجل الذي أشهد الرجل الذي زعم أنه قضاه فأخبره بما قال له [فقال[1821]] كذب إنما أسلفته ذلك. قال ابن القاسم: القول قول الذي زعم أنه أسلفه مع يمينه، إلا أن يأتي الآخر بالبينة أنه تقاضاها في دينه.

قال ابن رشد إثرها: ويأتي على أصل أشهب في قوله إنه لا يؤاخذ أحد بأكثر مما يقربه على نفسه أن يكون القول قول المقتضي، وهو قول ابن الماجشون نصا في هذه المسألة بعينها، ويقوم من هذه المسألة أن من كان له حق على رجل بوثيقة فدفع الذي عليه الحق [ذلك الحق[1822]] إلى الذي له عليه الحق، ودعا إلى قبض الوثيقة منه أو [تحريفها[1823]] أن ذلك ليس له، وإنما له أن يشهد عليه وتبقى الوثيقة بيد صاحب الدين لأنه يدفع بها عن نفسه؛ إذ لعل الذي كان عليه الدين أن [يسترعي[1824]] بينة قد سمعوا إقرار صاحب الدين بقبضه منه أو حضروا دفعه إليه ولم يعلموا على أي وجه كان الدفع فيدعي أنه إنما دفع إليه ذلك المال سلفا أو وديعة، ويقول هات بينة تشهد لك [أنك[1825]] إنما قبضت ذلك/ مني من حق واجب لك، فبقاء الوثيقة وقيامه بها يسقط هذه الدعوى التي تلزمه، وقد كان شيخنا الفقيه أبو جعفر رحمه الله يقيم ذلك فيما أخبرني عنه غير واحد من أصحابنا، وما أشك أن يكون في كلام سمعه منه من آخر مسألة من كتاب المديان من المدونة، وهو كلام صحيح، إلا أن محمد بن عبد الحكم يرى له من الحق أخذ الوثيقة وقطعها، وهو قول عيسى بن دينار في بعض روايات العتبية، وهو قول أصبغ في الواضحة. اهـ. وقال ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والستين: وللذي عليه الدين أخذ وثيقة الدين من صاحبها، أو يقضى عليه بتقطيعها، وقاله ابن العطار، ونحوه

56

الحديث

[1820] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص55 وم19 ويحيى21 والشيخ40.

[1821] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن ذي ص55 وم19 ويحيى21 والشيخ40.

[1822] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص55 وم19 والشيخ40.

[1823] *– في المطبوع تحريقها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1824] *– في المطبوع يستدعي وما بين المعقوفين من م19 وسيد9 والشيخ40 ويحيى21.

[1825] *– ساقطة من المطبوع وم19 وسيد9 وقد وردت في يحيى21 والشيخ40.

نص خليل ....

متن الحطاب في الواضحة وكتاب [الجذامي[1826]] وبه القضاء، وقال محمد بن عبد الحكم لا يقطع وثيقة الدين، ولا يجبر ربها على إعطائها، ويجبر على أن يكتب له براءة في الموضع الذي فيه الشهود عليه، ونحوه في وثائق ابن الهندي؛ لأنه سبب لوجوب اليمين عليه إن ادعى عليه بعد ذلك دعوى كاذبة، وفي أحكام ابن سهل في امرأة قامت بصداق لم تثبته فحلف الزوج ودعا إلى قطعه، وأرادت الزوجة حبس الصداق بيدها فأفتى ابن لبابة أنه يجاب إلى تقطيعه؛ لأنه سقط عنه بيمينه لما ادعى عليه بما فيه، وإذا سقط عنه فليقطع. ثم قال: إذا دفع إلى المطلقة أو المتوفى عنها زوجها كالئها ليس عليها أن تدفع كتاب صداقها إلى الزوج ولا إلى ورثته لما في حبس صداقها من المنفعة بسبب الشروط التي لها فيه إن كانت، ولأجل لحوق النسب أو الحمل إن كان حمل بعد موته وفي حياته إلا أن تتطوع بدفعه من غير أن يقضى عليها بذلك. هذا هو القول المشهور المعمول به، وقاله أصبغ في كتاب ابن حبيب قال: لأن به ثبت نكاحها، وبه تأخذ ميراثها وتدفع بعد اليوم من دافعها عما [ورثت،[1827]] أما لو قامت بباقي المهر في كتاب غير كتاب نكاحها فأخذت به ما كان لها فإنه يؤخذ منها ويقطع عن الورثة، وإن أخذت به أرضا أو عقارا من عقاره لم يؤخذ ذلك منها؛ لأن به تدفع اليوم من دافعها عن ذلك وما يشبهه مما يلتمس التوثق به، وعلى الورثة أن يستوثقوا لأنفسهم بالإشهاد وذكر الكتاب الذي بيدها.

قال ابن حبيب: وبه أقول، وهذا أحب ما فيه إلي، وقيل لا بد من أخذه وتقطيعه، ورواه ابن حبيب عن مطرف فيمن مات وقامت امرأته بكتاب مهرها فأخذت به باقيه فأراد الورثة تقطيعها فإن لهم ذلك، وإن قالت به أدفع بعد اليوم من دافعني عما أخذت. ذكره المتيطي عن ابن سهل. وقال في الاستغناء: إن لم يدخل الزوج بالمرأة وأقرت المرأة أنه لم يمسها ولا وطئها فإن الصداق يقطع. اهـ. نقله المشذالي برمته في آخر كتاب المديان. وزاد بعده: قلت: سئل ابن عبد السلام عمن كان عليه حق بصك وتنازع المديان ورب السلعة في تقطيعه أو تبطيله وبقائه عند ربه فما الذي عليه العمل من القولين؟ قال: على الثاني خوف لو قطعناه أن يسأل المديان رب الدين هل قبض منه شيئا أم لا؟ فإن قال قبضت ولكن من دين كان لي عليك لم يقبل منه، وإن قال لم أقبض حلف يمين غموس. اهـ.

تنبيهات: الأول: قول المصنف: "وقضي بأخذ المدين [الوثيقة"[1828]] يريد بعد [خصمها*[1829]] ثم تدفع للمدين. قال في الشامل: وصوب خصم الوثيقة مع الدفع. اهـ. وهو معنى قول المشذالي: أو تبطيله.

الثاني: قال في الذخيرة: إذا طلب المصالح أخذ الوثيقة التي صالح عليها فللآخر منعه لأنها تشهد له بمال الصلح لثبوت أصل الحق، ويكتب الآخر وثيقة بتاريخ متأخر يشهد له بصلحه. قاله مطرف فتأمله مع كلام المصنف، وانظر تبصرة ابن فرحون. والله أعلم.

الحديث ....

[1826] - في المطبوع الحداني وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم19 والشيخ40.

[1827] - في المطبوع ورث وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم19 ويحيى21 والشيخ40.

[1828] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم19 ويحيى22 والشيخ41.

[1829] *- في المطبوع خصمهما وما بين المعقوفين من م19 وسيد9 ويحيى22.

*- في القاموس مادة خضم وخضمه يخضمه قطعه.

نص خليل وَلِرَاهِنٍ بِيَدِهِ رَهْنُهُ بِدَفْعِ الدَّيْنِ كَوَثِيقَةٍ زَعَمَ رَبُّهَا سُقُوطَهَا وَلَمْ يَشْهَدْ شَاهِدُهَا إلاَّ بِهَا.
باب الْمَجْنُونُ مَحْجُورٌ لِلإِفَاقَةِ وَالصَّبِيُّ لِبُلُوغِهِ.

متن الحطاب **الثالث:** قال ابن رشد في الرسم المذكور: وأما إذا أبى الذي بيده الوثيقة من الإشهاد على نفسه بقبض ما فيها، وقال للذي كان عليه الدين خذ الوثيقة أو قطعها فتلك براءتك فليس له ذلك، ويلزمه الإشهاد على نفسه. يقوم ذلك من غير مسألة منها مسألة رسم العرية. اهـ.

57 ص: ولراهن بيده رهنه بدفع الدين ش:/ هذا إذا أقر المرتهن بدفع الرهن إلى الراهن. قال في المتيطية: ولو لم يقر المرتهن بدفع الرهن إلى الراهن وادعى أنه تلف له وسقط لكان القول قوله قولا واحدا إذا كان قيامه عليه بالقرب. اهـ. وقال قبله: ولا اختلاف بينهم إذا طال الأمر أن القول قول الراهن. اهـ وهكذا نقل المسألة ابن فرحون في تبصرته عن المتيطي في الباب المتقدم ذكره، ونصه في المتيطية: ولو كان رب الدين قد أخذ من الغريم رهنا ثم دفعه إليه وادعى أنه أعطاه الرهن ولم يوفه الغريم حقه وقال الغريم لم يدفع لي رهني إلا بعد قبضه دينه فقال مالك في العتبية: أرى أن يحلف الراهن ويسقط عنه ما ادعى به رب الدين، وكذلك لو أنكر المرتهن أن يكون قبض منه شيئا من حقه وقال دفعت إليه الرهن على أن يأتيني بحقي فلم يفعل لكان القول قول الراهن على هذه الرواية، على أن ما في هذه الرواية خلاف ما في نوازل سحنون من أن القول قول المرتهن إذا كان قيامه عليه بالقرب، ولا اختلاف بينهم إذا طال الأمر أن القول قول الراهن، والقول الأول أظهر من قول سحنون، ولو لم يقر المرتهن بدفع الرهن للراهن وادعى أنه تلف له أو سقط لكان القول قوله قولا واحدا إذا كان قيامه عليه بالقرب. اهـ. فجعل الخلاف بين سحنون وقول مالك إنما هو فيما إذا أقر المرتهن بدفع الرهن له وادعى أنه لم يوفه. والله أعلم.

ص: باب المجنون [محجور للإفاقة[1830]] ش: عقب رحمه الله التفليس بالحجر تكميلا لبيان أسباب الحجر، والحجر مصدر حجر يحجر ويحجر بضم الجيم وكسرها، وهو لغة [حضن[1831]] الإنسان والمنع والحرام، ومنه قوله تعالى: ﴿ وحرث حجر ﴾ وتثلث حاؤه في المعاني الثلاث. قاله في القاموس. وقرئ بهن في الآية، وتقول الكفار يوم القيامة إذا رأوا ملائكة العذاب ﴿ حجرا محجورا﴾ أي حراما محرما؛ يظنون أن ذلك ينفعهم كما يقولونه في الدنيا لمن يخافونه في الشهر الحرام. قاله في الصحاح. وذكر أن الكسر في الحجر بمعنى الحرام أفصح، والحجر مثلث أيضا ما بين يدي الإنسان من ثوبه. قاله في المحكم وحكاه في القاموس بالكسر فقط، والحجر يطلق على العقل كقوله تعالى: ﴿ هل في ذلك قسم لذي حجر ﴾ وعلى حجر الكعبة المدار بها من الجانب الشمالي، وكل ما حجرته من حائط فهو حجر، وعلى ديار ثمود بالشام عند وادي القرى قال تعالى: ﴿ ولقد كذب أصحاب الحجر المرسلين ﴾ وعلى الأنثى من الخيل، وقول العامة حجرة بالهاء لحن. اهـ. بالمعنى من القاموس والصحاح، وهو في الجميع بمعنى المنع؛ لأن العقل يمنع من الرذائل جميعها والحائط يمنع

الحديث ....

[1830] *- في المطبوع محجور عليه للإفاقة وما بين المعقوفين من ن محمد يحيى ولد ابوه.

[1831] - في المطبوع حصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص57 وم20 ويحيى22 والشيخ41.

نص خليل ....

متن الحطاب من الدخول إليه، وكذا ديار ثمود، والأنثى تمنع صاحبها من العدو، ويطلق أيضا بالكسر على القرابة، وعلى فرج الرجل والمرأة. قاله في القاموس [أيضا.[1832]] والحجر في الشرع قال في الذخيرة: المنع من التصرف. نقله عن التنبيهات. وقال ابن راشد: المنع من التصرف في المال. وقال في التوضيح: منع المالك التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره. اهـ. وفي الجميع إجمال يجب اجتنابه في الحدود إذ لم يبين هل هو المنع من التصرف بالتبرع أو بالمعاوضة، وهل في الكل أو في البعض؟. وقال ابن عرفة: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله. قال: وبه دخل حجر المريض والزوجة. اهـ. والظاهر أنهما لا يدخلان لأنه إن أراد بقوله: "ماله" كل ماله لم يدخل الحجر عليهما في التبرع بما زاد على الثلث وكان دون المال كله وإن أراد بشيء من ماله فبين فساده، وإن أراد بما زاد على الثلث فلا قرينة تدل عليه، ويخرج من حده الحجر على [الراهن[1833]] في تصرفه في الرهن ومن جنى عبده قبل أن يتحمل بالجناية فإنه ممنوع من التصرف [فيهما مطلقا. فتأمله.[1834]].

58 **تنبيه:** قال ابن/ عرفة: قال ابن الحاجب وابن شاس أسبابه سبعة: الصبا والجنون والتبذير والرق والفلس والمرض والنكاح في الزوجة. اهـ. وقدم ابن الحاجب على ابن شاس لأن ابن شاس هو الذي حصرها في سبعة، وهو في النسخة سبع بإسقاط التاء، والصواب سبعة بإثباتها لأن المعدود مذكر. ثم قال ابن عرفة: قلت: الحصر استقرائي وهو في الأمور المذهبية للعالم بالمذهب قطعي؛ لأنه عدة منه لموجود عنده، وتعقب ابن عبد السلام على ابن الحاجب بأنه ترك سببا ثامنا وهو الردة، وبأنه قدم حكم الفلس على ذكر سببه فإنه عد الفلس في الأسباب بعد أن تكلم على أحكام التفليس، ويرد الأول بأنهم إنما ذكروا الحجر على المالك فيما يملكه لا فيما لا يملكه، وحجر المرتد ليس من حجر المالك على ما يملكه لأنه لو مات ما ورث عنه، ولعله تبع القرافي في الذخيرة فإنه قال: أسبابه ثمانية فعد فيها الردة، وأما قوله قدم [حكم[1835]] الفلس الخ فلا مدخل له في التعقب؛ لأن قوله: "سببه" إن أراد ما هو سبب في الفلس، فالحاصل أنه قدم حكم الفلس على ذكر سبب الفلس، ولا تعقب في هذا إلا أن يكون من ترك الأولى، ولا مدخل لهذا في الحجر، وإن أراد ما الفلس سبب له وهو الحجر فحاصله أنه ذكر حكم الفلس قبل ذكر كونه سببا في الحجر وهذا لا تعقب فيه، وقوله: "الأسباب التي ذكرها ابن الحاجب ستة" وهم بل هي سبعة كما صرح به ابن شاس. انتهى. والله أعلم. وتبع الشيخ في التوضيح ابن عبد السلام في الاعتراض بالردة، وزاد هو الحجر على [الراهن[1836]] فقال: وذكر له المصنف سبعة أسباب، ومفهوم العدد يقتضي الحصر فيها، وينتقض بالحجر على الراهن بحق المرتهن، وبالحجر على

الحديث ....

[1832] – ساقطة من المطبوع وم20 وما بين المعقوفين من ن عدود ص57 ويحيى22 والشيخ42.

[1833] – في المطبوع المرهون وم20 ويحيى22 والشيخ42 وما بين المعقوفين من ن عدود ص57 وعلق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ والصواب على الراهن كما يأتي في عبارة التوضيح.

[1834] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص57 وم20 ويحيى22 والشيخ42.

[1835] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص58 وم20 ويحيى22 والشيخ42.

[1836] – في المطبوع المرهون وم20 ويحيى22 والشيخ42 وما بين المعقوفين من ن عدود ص58.

نص خليل بِثَمَانِ عَشْرَةَ أَوِ الْحُلُمِ.

متن الحطاب المرتد. اهـ. ويزاد أيضا الحجر على من جنى عبده قبل [تحمله[1837]] الجناية. والله أعلم. وقوله: "المجنون [محجور للإفاقة"[1838]] يعني أن المجنون سواء كان ذكرا أو أنثى محجور عليه إلى إفاقته، وظاهره أن بالإفاقة ينفك عنه الحجر، وفي ذلك تفصيل. قال في الذخيرة: ويزول الحجر عن المجنون بإفاقته إن كان الجنون طارئا بعد البلوغ لأنه كان على الرشد، وإن كان قبل البلوغ فبعد إثبات الرشد. اهـ. وكذا لو كان بلغ سفيها ثم جن فلا ينفك بالإفاقة فقط. والله أعلم. ويمكن أن يجاب عن المصنف بأنه إنما تكلم في الحجر الحاصل بسبب الجنون، وذكر أن حده الإفاقة، ولم يتكلم على ما إذا كان هناك سبب آخر. والله أعلم. قال الشارح: وسواء كان الجنون بصرع أو وسواس. اهـ.
قال في الذخيرة عن اللخمي: فاختلف فيمن يخدع في البيوع، فقيل لا يحجر عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ وكان يخدع في البيوع لضربة أصابته في رأسه: {إذا [بايعت[1839]] فقل لا خلابة[1]} خرجه الصحيحان، وقال ابن شعبان: يحجر عليه صونا لماله كالصبي. قال اللخمي: وأرى إن كان يخدع باليسير أو الكثير إلا أنه لا يخفى عليه ذلك بعد ويتبين ذلك الغبن له فلا يحجر عليه ويؤمر بالاشتراط كما في الحديث، ويشهد حين البيع فيستغني بذلك عن الحجر، وإن كان لا يتبين له ذلك ويكثر تكرره فيحجر عليه، ولا ينزع المال من يده إلا أن لا ينزجر عن التجر. اهـ.
وعبارة اللخمي: وإن كان لا يتبين له ذلك ويكثر نزول ذلك به أمر بالإمساك عن التجر، ولم يحجر عليه ولم ينزع المال منه؛ لأن السلطان لا يفعل بعد الحجر أكثر من إمساكه والإنفاق عليه منه وهو أولى بإمساكه ماله، وإن كان لا ينزجر عن التجر انتزع ذلك منه. اهـ.
وذكر القرطبي القولين في آخر [سورة[1840]] البقرة، وقال: وهما في المذهب. ثم قوى القول بالحجر، وهو الظاهر لدخوله في ضابط من يحجر عليه؛ وهو من لا يحفظ المال كما سيأتي. والله أعلم. قال في الذخيرة: وينفك الحجر عن هذا ويدفع له ماله إذا علم منه دربة البيع ومعرفة وجوه الخديعة. اهـ.
وأما المغمى عليه فقال القرطبي في أوائل سورة النساء: استحسن مالك أن لا يحجر عليه لسرعة زوال ما به. اهـ والله أعلم./ 59
ص: بثمان عشرة ش: هذا هو المشهور، وهو أحد الأقوال الخمسة، وقال البرزلي في كتاب الصيام: اختلف في السن ففي رواية ثمان عشرة، وقيل سبع عشرة، وزاد بعض شراح الرسالة ستة عشر وتسعة عشر، وروى ابن وهب خمسة عشر لحديث ابن عمر[2]. اهـ. وقال القرطبي: قال أبو عمر بن عبد البر: وهذا فيمن عرف مولده، وأما من جهل مولده [وعدم[1841]] سنه أو جحده فالعمل فيه على ما روى رافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن لا يضربوا الجزية إلا على من جرت عليه الموسى. اهـ . فظاهره أنه يقبل قوله في مقدار سنه وهو بين، وسيأتي في كلام

الحديث 1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2117، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1533. بلفظ من بايعت فقل لا خلابة.
2- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه وعرضه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المغازي، ج5 ص45، دار الفكر 1981.

1837 – في المطبوع محمله وما بين المعقوفين من ن عدود ص58 وم20 ويحيى22 والشيخ42.
1838 – في المطبوع عليه ويحيى22 وما بين المعقوفين من ن ذي ص58 وم20 والشيخ42.
1839 *– في المطبوع تبايعت وما بين المعقوفين من م20 وفي الشيخ42 ويحيى22 بعت.
1840 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى23 والشيخ43 وسيد10.
1841 – في المطبوع وعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 وم20 ويحيى23 والشيخ43.

نص خليل أَوِ الْحَيْضِ أَوِ الْحَمْلِ أَوِ الإِنْبَاتِ وَهَلْ إلاَّ فِي حَقِّ اللهِ تَعَالَى تَرَدُّدٌ وَصُدِّقَ إن لَّمْ يُرَبْ.

متن الحطاب الشيخ زروق عند قول المصنف: "وصدق إن لم يرب" أنه يصدق في السن إن ادعى ما يشبه حيث يجهل التاريخ. والله أعلم.

تنبيه: قال البرزلي في مسائل النكاح: سئل اللخمي عن معنى قوله: "علامة البلوغ سبع عشرة أو ثمان عشرة" فأجاب: النسبة إلى السنة بالدخول، ومن أكمل سنة وخرج منها ولو بيوم لم ينسب إليها. [اهـ.[1842]] وقد وقع في الأحاديث ما يقتضي النسبة إلى السنة الكاملة؛ لحديث ابن عمر حين قال أجازني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة [أو خمس عشرة[1843]]

ص: أو الحيض أو الحمل ش: تصوره ظاهر . قال الشيخ يوسف بن عمر في كتاب الصيام في شرح الرسالة: ولا قائل باعتبار التنهيد في الأنثى. اهـ.

ص: أو الإنبات ش: قال ابن العربي: المشهور كون الإنبات علامة. اهـ. قال الطرطوشي: والمراد بالإنبات الإنبات الخشن على [المذاكير[1844]] وما حوله دون الزغب الضعيف. اهـ من الذخيرة. ونقله ابن عرفة، وكذلك الأنثى.

ص: وهل إلا في حقه تعالى تردد ش: صرح في التوضيح بأن المشهور أنه علامة، وظاهره مطلقا، وظاهر كلامه هنا كذلك [لتصديره[1845]] به إلا أن العمل على [خلافه،[1846]] وهو ظاهر الأحاديث، ولعله يريد مطلق الإنبات، [وأما الإنبات[1847]] الذي تقدم وصفه فلا يوجد إلا في البالغ. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في كتاب الصيام: زاد القرافي في العلامات نتن الإبط ، وزاد غيره فرق الأرنبة من الأنف، وبعض المغاربة يأخذ خيطا ويثنيه ويديره برقبته ويجمع طرفيه في أسنانه، فإن دخل رأسه منه فقد بلغ وإلا فلا، وهذا وإن لم يكن منصوصا، فقد رأيت في كتاب التشريح ما يؤيده، ولأنه إذا بلغ الإنسان تغلظ حنجرته [ويصحل[1848]] صوته فتغلظ الرقبة كذلك وجربه كثير من العوام فصدق له اهـ.

ص: وصدق إن لم يرب ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد في باب الحجر: فأما الاحتلام والحيض والحمل فلا خلاف في كونها علامات، ويصدق في الإخبار عنها نفيا أو إثباتا طالبا كان أو مطلوبا، وكذا عن الإنبات ولا تكشف عورته، وقال ابن العربي: ينظر إليه في المرآة، وأنكره بعضهم ويصدق في السن إن ادعى ما يشبه حيث يجهل التاريخ. انتهى.

فرع: قال البرزلي في مسائل النكاح عن نوازل ابن الحاج: إذا قالت عمة صبية تزوجت ابنة أخي قبل البلوغ، وقال وليها زوجتها بعد البلوغ فإنه ينظر إلى الصبية اثنتان من النساء، فإن شهدتا أن بها أثر البلوغ مضى نكاحها. زاد غيره: وأنها أنبتت.

الحديث ....

[1842] – ساقطة من المطبوع والشيخ43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 وم21 ويحيى23.
[1843] – سقطت من المطبوع وقد وردت في يحيى23 وسيد10 والشيخ43.
[1844] *- في المطبوع المذاكر وما بين المعقوفين من سيد10 وم21 ويحيى23 والشيخ42.
[1845] – في المطبوع لتصويره وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 وم21 ويحيى23 والشيخ43..
[1846] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 وم21 ويحيى23 والشيخ43.
[1847] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 وجميع النسخ.
[1848] – في المطبوع ويمحل وم21 ويحيى23 وما بين المعقوفين من ن عدود ص59 والشيخ44.

نص خليل وَلِلْوَلِيِّ رَدُّ تَصَرُّفِ مُمَيِّزٍ وَلَهُ إنْ رَشَدَ وَلَوْ حَنِثَ بَعْدَ بُلُوغِهِ أو وُقِعَ الْمَوْقِعَ وَضَمِنَ مَا أفْسَدَ إن لَّمْ يُؤَمَّنْ عَلَيْهِ وَصَحَّتْ وَصِيَّتُهُ كَالسَّفِيهِ إن لَّمْ يُخَلِّطْ.

متن الحطاب **قلت**: يحتمل أن يكون هذا على قول سحنون: إذا اختلفا في الإصابة، وعلى أصل المدونة القول قول من ادعى الإصابة إذا كانت خلوة اهتداء، وأشار إلى هذا في الطرر، ويحتمل أن يكون هذا متفقا عليه لأنه راجع إلى الصحة والفساد على القول بأن نكاحها قبل البلوغ من غير عذر ينتج الفساد وفيه ثلاثة أقوال. اهـ. وأظن أن في الكلام نقصا فتأمله. ومنه أيضا: ونزلت مسألة وهي أنه وقع عقد على يتيمة

60 مهملة وشهد الشهود على/ رضاها واعترافها بالبلوغ فلما دخلت أنكرت الزواج وادعت أنها غير بالغ، وأنه لم يمسها فصدقها على عدم المسيس ورفع أمرها للقاضي فنظرها القوابل فوجدت كما ذكر من عدم البلوغ فحكم بفسخ نكاحها بطلاق لكونه لم يستوف شرائط تزويج اليتيمة قبل البلوغ، وسئل القاضي شيخنا الإمام عن لزوم الصداق فأفتى بعدم الصداق لأنهما مغلوبان على الفسخ، ومنه في مسائل النكاح: وسئل السيوري عن البكر اليتيمة تريد النكاح وتدعي البلوغ أيقبل قولها أو تكشف؟ فأجاب: يقبل قولها. اهـ.

ص: وللولي رد تصرف مميز وله إن رشد ولو حنث بعد بلوغه أو وقع الموقع ش: يعني أن الولي سواء [كان أبا أو وصيا[1849]] أو وصي وصي أو مقدم القاضي [فإن له أن[1850]] يرد ما تصرف فيه المميز من بيع وغيره، ويريد المصنف المميز المحجور، وسواء كان صغيرا أو بالغا سفيها، ولو صرح بذلك فقال [رد تصرف[1851]] مميز محجور لكان أبين، وهذه اللام يظهر فيها أنها لام الإباحة، وأن له الرد وله الإمضاء، وهو إنما يكون بحسب ما يرى فيه المصلحة لا بحسب شهوته واختياره. قال في الذخيرة عن الجواهر: ولا يتصرف الولي إلا بما تقتضيه المصلحة لقوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ فهو معزول بظاهر النص عن غير التي هي أحسن. اهـ. وظاهر كلامه أن ذلك في جميع التصرفات له الإجازة والرد وليس كذلك، وإنما يكون له الإجازة والرد في التصرفات المالية التي خرجت عن عوض، وأما التبرعات فيتعين عليه ردها، ولنذكر بعض كلام أهل المذهب في ذلك ليتضح المقصود. قال ابن رشد في المقدمات في باب المأذون له في التجارة: لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء لا يجوز له في ماله معروف

61 من/ هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي إن كان ذا أب أو وصي، فإن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع والشراء مما يخرج عن عوض ولا يقصد فيه إلى معروف كان موقوفا على نظر وليه، فإن رآه سدادا أو غبطة أجازه وأنفذه، وإن رآه بخلافه رده وأبطله، وإن لم يكن [له[1852]]ولي قدم له ولي [ينظر له[1853]] بوجه النظر والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك أو رده، واختلف إذا كان فعله سدادا نظرا مما كان يلزم الولي أن

الحديث ....

1849 – في المطبوع كان وصيا وما بين المعقوفين من ن عدود ص60 وم21 ويحيى23 والشيخ44.
1850 – في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص60 وم21 ويحيى23.
1851 *– في المطبوع وم21 وتصرف وما بين المعقوفين من سيد10 ويحيى23 والشيخ44.
1852 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م21 والشيخ44 وسيد11.
1853 – في المطبوع نظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص61 وم21 ويحيى24.

نص خليل ....

متن الحطاب يفعله هل له أن يرده وينقضه إن آل الأمر إلى خلاف ذلك بحوالة أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه أو ما أشبه ذلك، فالمشهور المعلوم في المذهب أن ذلك له، وقيل إن ذلك ليس له ويلزمه ما أفسد أو كسر مما لم يؤتمن عليه، واختلف [فيما أفسد[1854]] [أو كسر[1855]] مما ائتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته وحنث به في حال صغره، واختلف فيما حلف به في حال صغره وحنث به في حال رشده فالمشهور أنه لا يلزمه.

وقال ابن كنانة: يلزمه ولا تلزمه يمين فيما ادعي عليه به، واختلف هل يحلف مع شاهده، المشهور أنه لا يحلف، ويحلف المدعى عليه، فإن نكل غرم، ولا يمين على الصبي إذا بلغ، وإن حلف [برئ[1856]] إلى البلوغ، فإذا بلغ الصغير حلف وأخذ حقه، فإن نكل لم يكن له شيء ولا يلزم المدعى عليه يمين ثانية، وقد روي عن مالك والليث أنه يحلف مع شاهده ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله من الحقوق والأحكام؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {رفع القلم عن ثلاث[1]} فذكر منهم الصبي حتى يحتلم .اهـ.

ثم قال في أواخر كتاب [المأذون:[1857]] قد أتينا بحمد الله على ما شرطنا من بيان الحدود المميزة بين من يجوز وبين من لا يجوز في الأبكار وغيرهن، فنرجع الآن إلى ذكر القول في أحكام من لا تجوز أفعاله من السفهاء البالغين؛ إذ قد تقدم القول في أحكام أفعال الصبيان؛ فنذكر من ذلك ما أمكن على شرط الإيجاز والاختصار: اعلم وفقنا الله وإياك أن السفيه البالغ تلزمه جميع حقوق الله التي أوجبها الله على عباده في بدنه وماله، ويلزمه ما وجب في بدنه من حد أو قصاص، ويلزمه الطلاق كان بيمين حنث فيها أو بغير يمين، وكذلك الظهار وينظر له وليه فيه بوجه النظر، فإن رأى أن يعتق عنه ويمسك عليه زوجته فعل، وإن رأى أن لا يعتق [عنه[1858]] وإن آل ذلك إلى الفراق بينهما كان ذلك له؛ ولا يجزئه الصيام ولا الإطعام إذا كان له من المال ما يحمل العتق، وقال ابن المواز: إذا لم ير له وليه أن يكفر عنه بالعتق فله هو أن يصوم، فلا يطلق عليه في مذهب ابن المواز [إلا[1859]] بعد ضرب أجل الإيلاء إن طلبت المرأة ذلك كان له أن يكفر بالصيام، وعلى القول الأول تطلق عليه من [غير[1860]] ضرب أجل وهو قول أصبغ. وقال ابن كنانة لا يعتق [عنه[1861]] وليه إلا في أول مرة، فإن عاد إلى الظهار لم يعتق عنه؛ لأن المرة الواحدة تأتي على الحليم والسفيه، وإلى ذلك ذهب محمد بن المواز، وأما الإيلاء فإن كان دخل عليه بسبب يمين بالطلاق هو فيها على حنث أو بسبب امتناع [وليه عن[1862]] أن يكفر عنه في الظهار لزمه، وأما إن كان حلف على ترك الوطء فينظر إلى يمينه، فإن كانت بعتق أو صدقة أو ما أشبه

الحديث 1- رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل، سنن أبي داوود، كتاب الحدود، رقم الحديث 4403. والنسائي، رقم الحديث3429.

1854 - في المطبوع فيما إذا أفسد وما بين المعقوفين من ذي ص61 وم21 ويحيى24 والشيخ44 وسيد10.
1855 - في المطبوع وم21 وسيد10 ويحيى24 وكسر وما بين المعقوفين من ذي ص61 والشيخ44.
1856 - في المطبوع برز وما بين المعقوفين من ذي ص61 ويحيى24 وم21 وسيد10 والشيخ45.
1857 - في المطبوع المديان وما بين المعقوفين من م21 ويحيى24 وسيد10 والشيخ45.
1858 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من يحيى24 وسيد11 والشيخ45.
1859 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن عدود 61 وم21 ويحيى24 والشيخ45.
1860 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص61 وم21 ويحيى24 والشيخ45.
1861 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من يحيى24 وسيد11 والشيخ45.
1862 - في المطبوع يمينه على وما بين المعقوفين من ن عدود ص61 وم21 ويحيى24.

نص خليل ....

متن الحطاب ذلك مما لا يجوز له فعله ويحجر عليه في ذلك وليه لم يلزمه به إيلاء، وإن كانت بالله لزمه الإيلاء إن لم يكن له مال ولم يلزمه إن كان له مال، وإن كانت يمينه بصيام أوجبه على نفسه أو ما أشبه ذلك مما يلزمه لزمه به الإيلاء، وعلى قول محمد يلزمه الإيلاء باليمين بالله وإن لم يكن له مال، ولا يلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف في ماله إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه؛ لأنها كالزوجة ليس فيها إلا الاستمتاع بالوطء، واختلف في مالها هل يتبعها أم لا على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يتبعها؛ وهو قول مالك في رواية أشهب، والثاني أنه لا يتبعها، وهو رواية يحيى عن ابن القاسم، والثالث التفرقة بين القليل والكثير، وأراه قول أصبغ، وقال المغيرة وابن نافع/ لا يلزمه عتقها ولا يجوز [عليه،[1863]] بخلاف الطلاق، ولا يجوز إقراره بالدين إلا أن يقر به في مرضه فيكون في ثلثه. قاله ابن كنانة. واستحسن ذلك أصبغ ما لم يكثر جدا وإن حمله الثلث، وأما بيعه وشراؤه ونكاحه وما أشبه ذلك مما يجري على عوض ولا يقصد به قصد المعروف فإنه موقوف على نظر وليه إن كان له ولي، وإن لم يكن له ولي قدم له القاضي [ناظرا ينظر له[1864]] في ذلك نظر الوصي، فإن لم يفعل حتى ملك أمره كان هو مخيرا في رد ذلك وإجازته. اهـ.

62

ولا تظن أن هذا معارض لما سيأتي في قول المصنف: "وتصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم"؛ لأن هذا الكلام المذكور هنا إنما هو فيمن حكم له بأن فعله محمول على عدم الإجازة كما تقدم في أول كلام ابن رشد، وهذا الكلام إنما هو فيمن حكم له بأن فعله لا يجوز فتأمله. والله أعلم. وذكر صاحب الذخيرة كلام صاحب المقدمات بلفظ: لا يختلف مالك وأصحابه أن الإنسان قبل البلوغ محمول على السفه وإن ظهر رشده، وأن تصرفاته من الصدقات وغيرها من المعروف مردودة وإن أذن فيها الأب أو الوصي، وتصرف المعاوضة موقوف على إجازة الولي إن رآه مصلحة وإلا رده. اهـ. قال في اللباب: وقسم من أفعاله لا يمضي وإن أجازه الولي وهو العتق والصدقة والهبة. اهـ.

تنبيهات: الأول: قول المصنف: ["مميز"[1865]] احترز به من غير المميز فإنه لا يصح تصرفه ولو بالمعاوضة كما قال في البيع: ["و[1866]]شرط عاقده تمييز"، وقول الشارح: نبه بالمميز على أن غير المميز أحرى بالرد غير بين في أنه يتعين رد تصرف غير المميز. والله أعلم.

الثاني: علم مما تقدم أن تصرف المميز السفيه صغيرا كان أو بالغا كلما كان بغير عوض فإنه مردود، وما كان بعوض فهو موقوف على إجازة وليه.

الثالث: قوله: "وإن رشد" عائد إلى السفيه المميز بالغا كان أو غير بالغ فله الرد إذا رشد، وقوله: "أو وقع الموقع" ظاهر كلام المصنف وكلام ابن رشد المتقدم أن له أن يرده بعد بلوغه ورشده ولو كان وقع الموقع يوم عقده، وصرح به في الشامل فقال: فإن لم يكن له ولي أو كان ولم يعلم بتصرفه حتى رشد فالنظر له فيه دون الولي ولو كان سدادا. اهـ.

الحديث ....

[1863] *- في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من يحيى24 وسيد11 والشيخ45.

[1864] *- في المطبوع ناظرا له ينظر وما بين المعقوفين من سيد10 وم22 والشيخ45 ويحيى24.

[1865] *- في المطبوع مميزا وما بين المعقوفين من يحيى24 والشيخ46.

[1866] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص62 وم22 ويحيى24 والشيخ46.

نص خليل ....

متن الحطاب

الرابع: قوله: "ولو حنث بعد بلوغه" لو قال بعد رشده لكان أبين وأوضح، وظاهر كلامه أن ذلك عام في [الصغير والسفيه.[1867]]

الخامس: قال في كتاب المديان من المدونة: ولا يجوز للمُوَلَّى عليه عتق ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأنا أستحب [له[1868]] إمضاءه ولا أجبره عليه. اهـ. عياض: له راجع للعتق وما أشبهه من الصدقة والهبة لغير ثواب، وعلى الجميع اختصره المختصرون، [وأنه[1869]] استحب له إمضاء جميع ما فعل، وفيه نظر، والصحيح سواه، ولا [يستحب[1870]] له أن يمضي إلا ما كان لله فيه قربة، وأما ما بينه وبين العباد مما لم يقصد به القربة فأي استحباب في هذا؟ وهكذا جاء منصوصا عليه في سماع أشهب على ما تأولناه. الشيخ أبو الحسن: وقد يكون فيه قربة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء عقدته لغبطة بها كما يكون قربة في الإقالة والتولية. اهـ من أبي الحسن. وظاهر ما تقدم من كلام المدونة وكلام المقدمات أن المولى عليه لا يلزمه ما حلف به في حال سفهه ولو لم يرده من ولي عليه حتى رشد، وهو الذي وقع في آخر أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، وقال ابن رشد: هو الأظهر خلاف ما وقع في [رسم[1871]] المحرم من سماع ابن القاسم من النذور أنه يلزمه. قال ابن رشد: وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يرد الولي على المولى حتى ملك أمره، وكلام المدونة هنا وكلام المقدمات يرجح ما قال ابن رشد إنه الأظهر. والله أعلم.

السادس: قال في المقدمات بعد قوله المتقدم في [السفيه:[1872]] فإن لم يفعل حتى ملك أمره كان هو مخيرا في إجازة ذلك أو رده، فإن رد بيعه أو ابتياعه وكان قد أتلف الثمن الذي باع به أو السلعة التي ابتاعها لم يتبع ماله بشيء من ذلك. اهـ.

63 **السابع**: قال فيها أيضا: واختلف إذا كانت/ أمة فأولدها فقيل إن ذلك فوت ولا يرد، وقيل إن ذلك ليس بفوت كالعتق ويرد، ولا يكون عليه من قيمة الولد شيء. اهـ.

الثامن: قال فيها أيضا: واختلف إذا كان أنفق الثمن فيما لا بدله منه مما يلزمه إقامته هل يتبع ماله بذلك أم لا؟ على قولين. اهـ . وقال ابن عرفة بعد ذكر هذين القولين: قلت: الذي في أحكام ابن سهل للأخوين وغيرهما ولابن فتوح اتباعه. اهـ. فترجح القول بالاتباع إذا كانت النفقة في مصالحه، وقال في نوازل أصبغ في كتاب المديان والتفليس: يتحصل فيما باع اليتيم دون إذن وصيه أو الصغير من عقاره وأصوله بوجه السداد في نفقته التي لا بد له منها إذا كان لا شيء له غير الذي باع، أو كان ذلك [أحق[1873]] ما باعه من أصوله ثلاثة أقوال: أحدها أن البيع يرد على كل حال ولا يتبع بالثمن، وهو قول ابن القاسم وأضعف الأقوال. والثاني أن البيع يرد إن رأى ذلك الوصي ولا يبطل الثمن عن

الحديث ....

[1867] - في المطبوع الصغر والسفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص62 وم22 ويحيى24 والشيخ46.

[1868] *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م22 وسيد10 والشيخ46 ويحيى24.

[1869] - في المطبوع وأنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص62 وم22 ويحيى24 والشيخ46.

[1870] - في المطبوع استحب وما بين المعقوفين من ن عدود ص62 وم22 ويحيى24 والشيخ46.

[1871] - في المطبوع سماع وما بين المعقوفين من يحيى24 وسيد11.

[1872] *- في المطبوع السفه وما بين المعقوفين من سيد10 وم22 ويحيى24 والشيخ46.

[1873] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ46.

نص خليل ....

متن الحطاب اليتيم ويؤخذ من ماله وهو قول أصبغ. والثالث أن البيع يمضي ولا يرد إلا أن يكون باع بأقل من القيمة أو باع ما غيره أحق بالبيع في نفقته فلا يختلف [في[1874]] أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لا بد له منه، وأما إذا بلغ اليتيم وأنفق في شهواته التي يستغني عنها فلا اختلاف في أنه يرد البيع ولا يتبع بشيء من الثمن، كان الذي باع من ماله كثيرا أو يسيرا أصلا أو عرضا .اهـ. وقال قبل أن يحصل الأقوال إن القول الثاني -أعني قول أصبغ- هو قول ابن كنانة، واختاره عيسى بن دينار قال: وهو الحق الذي لا ينبغي غيره إن شاء الله تعالى، فيكون القول بالاتباع هو الراجح؛ لأن الأول صرح بأنه أضعف الأقوال، والثالث لم يعزه وضعفه ظاهر، وترجح أيضا بتصدير ابن رشد به في المقدمات وترجيح ابن عرفة له أيضا كما تقدم في كلامهما، وصرح المتيطي فيما نقله عنه ابن عرفة في أول كتاب البيع بأن المحجور إذا أفات الثمن وقامت بينة على أنه أنفقه في مصالحه فالمشهور أخذه من ماله، ونصه: ولو أفاته وشهدت بينة أنه أنفقه في مصالحه ففي أخذه من ماله للمشهور، ونقل يحيى بن إسحاق عن ابن القاسم. اهـ. وقال عنه أيضا فيما إذا لم يفوته: فإن قامت بينة وكان يعرف بعينه أخذه، وإن لم يعرف بعينه [فيشترط[1875]] عدم مفارقة البينة له. قال: وإقرار السفيه بتعيينه لغو. اهـ. وقول ابن رشد أول الكلام: "اليتيم أو الصغير" يريد وكذلك البالغ السفيه، وفرض المسألة التي ذكر ذلك في شرحها في البكر السفيهة. والله أعلم.

التاسع: قال الرجراجي في كتاب المأذون: ولا خلاف أنه لا يتبع بالثمن في ذمته. اهـ.

العاشر: قال فيها أيضا: وإن كان الذي [اشتراه[1876]] منه المشتري أمة فأولدها أو أعتقها أو غنما فتناسلت، أو بقعة فبناها، أو شيئا له غلة فاغتله كان حكمه في جميع ذلك حكم من اشترى من مالك فيما يرى فاستحق من يده ما اشترى بعد أن أحدث [فيه[1877]] ما ذكرت يرد إلى المولى عليه الأمة التي أعتقت وينتقض العتق فيها، [وتوخذ[1878]] الأمة التي ولدت منه، وقيمة الولد على الاختلاف المعلوم في ذلك، وإن كان الولد من غيره بتزويج أخذهم مع الأم، وكذلك يأخذ الغنم ونسلها وكان له فيما بناه قيمة بنائه قائما وكانت الغلة التي اغتل له بالضمان. هذا كله إن كان لم يعلم بأنه مولى عليه لا يجوز بيعه، وأما إن علم أنه مولى عليه متعد في البيع بغير إذن وليه لسفه يقصده فحكمه حكم الغاصب، يرد الغلة، وكان له قيمة بنائه مقلوعا .اهـ. فعلم من هذا أن بيع المولى عليه حكمه ما تقدم ولو لم يكن المشتري عالما بذلك. والله أعلم.

الحادي عشر: قال في البيان إثر الكلام المتقدم: وهو محمول فيما باع وقبض من الثمن أنه أنفقه فيما له منه بد حتى يثبت [أنه أنفقه[1879]] فيما ليس له منه بد. اهـ.

الحديث ....

[1874] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ47.

[1875] – في المطبوع فيشترك وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ47.

[1876] – في المطبوع اشترى وم22 ويحيى25 والشيخ47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص63.

[1877] – في المطبوع فيها وم22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 ويحيى25 والشيخ47.

[1878] *– في المطبوع وم22 وسيد10 والشيخ47 وتاخذ وما بين المعقوفين من يحيى25.

[1879] – في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ47.

نص خليل ....

متن الحطاب

الثاني عشر: قال في التلقين: [و[1880]]من استدان من المحجور [عليهم[1881]] دينا بغير إذن وليه ثم فك حجره لم يلزمه ذلك فيمن حجر عليه لحق نفسه كالسفيه والصغير، ولزم فيمن حجر عليه لحق غيره كالعبد/ يعتق إلا أن يفسخه عنه السيد قبل عتقه. اهـ. وقال في نوازل سحنون من كتاب المديان: إذا أولد السفيه جارية ابتاعها بثمن استسلفه أو بثمن سلعة ابتاعها فلا اختلاف أنه لا سبيل للذي أسلفه أو باعه عليها؛ لأنها وإن كانت من أموالهما فليست عين أموالهما، وأما إذا أولد الأمة التي اشتراها فقيل إنه فوت لا سبيل للذي باعه إياها [عليها[1882]] لأنه هو الذي سلطه عليها، وهذا استحسان، والقول الأول هو القياس. انتهى. والقول الأول هو قول أصبغ أرى أن ترد الأمة إلى بائعها ويرد البائع الثمن كله على السفيه ويكون الولد ولده ولا يكون عليه من قيمتهما شيء. انتهى. قال ابن عرفة عن اللخمي بعد ذكره القولين: إن هذا القول [أبين.[1883]]

64

الثالث عشر: [قال ابن عرفة: ابن عات: من أسلفه في عمارة منزله فإن كان فيما يخاف خرابه وهدمه اتبع به، وإلا فلا. اهـ.

الرابع عشر:[1884]] قال البرزلي في أوائل النكاح: إذا كان المحجور يبيع ويشتري ويأخذ ويعطي برضا حاجره وسكوته فيحمل على أنه هو الذي فعل، بذلك أفتى شيخنا الإمام، ووقع الحكم بذلك بتونس. انتهى. وذكرها في مسائل المحجور.

الخامس عشر: قال في كتاب الدعوى والإنكار [للرعيني:[1885]] وإن اشترى عبد أو يتيم سلعة أو باعها فأراد السيد أو الوصي فسخ ذلك فذلك لهما، فإن أراد المشتري منهما أو البائع أن يحلف السيد أو الوصي ما أذنا له في ذلك فليس له ذلك. انتهى. ونقله ابن فرحون في فصل الدعاوى التي لا توجب اليمين.

السادس عشر: إذا أفسد الصبي مالا لغيره لم يؤتمن عليه وجب على وليه إخراج الجابر من مال الصبي، فإذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة أخذت من ماله وجب عليه إخراجها من ماله بعد بلوغه. نقله القرافي في الفرق السادس والعشرين، وقد تقدم في النكاح [عن[1886]] وثائق [الجزيري مسألة[1887]] نكاح الصبي والسفيه والعبد، [وأنه[1888]] ينظر في ذلك الأب والوصي والسيد. انظر ابن سلمون في فصل نكاح المحجور بغير إذن وليه فإنه ذكر في ذلك خلافا عن [أبي إبراهيم[1889]] عن الأبهري، ونقله صاحب الطرر في ترجمة فسخ الولي نكاح يتيمه من الجزء الثاني في ترجمة تسجيل القاضي [بالولاية[1890]]

الحديث ....

1880 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ47.
1881 – في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 وم22 ويحيى25 والشيخ47.
1882 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 والشيخ48 ويحيى25.
1883 – في المطبوع بين وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.
1884 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.
1885 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن أحمدو ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.
1886 *- في المطبوع في وما بين المعقوفين من يحيى25 والشيخ48 وسيد12.
1887 *- في المطبوع الجزيري في مسألة وما بين المعقوفين من يحيى25 والشيخ48 وسيد12.
1888 – في المطبوع وم23 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 ويحيى25 والشيخ48.
1889 – في المطبوع ابن القاسم وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.
1890 – في المطبوع بولاية وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.

نص خليل إِلَى حِفْظِ مَالِ ذِي الأَبِ بَعْدَهُ.

متن الحطاب على من ثبت سفهه من الجزء التاسع، [وسيأتي[1891]] في كتاب الأقضية حكم الدعوى على المحجور هل تسمع أم لا؟ وفي باب العتق شيء من الكلام على الصغير والسفيه. والله أعلم.

ص: **إلى حفظ مال ذي الأب بعده** ش: هذا حد الرشد الذي لا يحجر على صاحبه باتفاق، واختلف في الذي يخرج به من الحجر هل هو ذلك أيضا [أو يزاد[1892]] فيه اشتراط حسن التنمية؟ ذكر المازري في ذلك قولين، وظاهر كلام المؤلف في التوضيح ترجيح عدم اشتراط الشرط الثاني، وهو ظاهر كلامه هنا، وظاهر المدونة اشتراط الشرط الثاني، ولا يشترط في الرشيد أن يكون عدلا. قال في المتيطية في فصل [الولايات[1893]] والمحجور: وإذا كان اليتيم فاسقا [مريدا[1894]] وكان مع هذا ناظرا في ماله ضابطا له وجب إطلاقه من الولاية، وإن كان من أهل الدين والصلاح ولم يكن ناظرا في ماله لم يجب إطلاقه من الولاية. انتهى.

قال في المدونة: وصفة من يحجر عليه من الأحرار أن [يكون[1895]] يبذر ماله سرفا في لذاته من الشراب والفسق وغيره ويسقط فيه سقوط من لم يعد المال شيئا، وأما من أحرز المال وأنماه وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يحجر عليه وإن كان له مال عند وصي قبضه، ويحجر على البالغ السفيه [في[1896]] ماله وإن كان شيخا، ولا يتولى الحجر إلا القاضي. قيل وصاحب الشرطة؟ قال: القاضي أحب إلي ومن أراد أن يحجر على ولده أتى الإمام ليحجر عليه، ويشهر ذلك في [المجامع[1897]] والأسواق ويشهد على ذلك، فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود. انتهى من كتاب المديان.

وقال عياض: وقوله: "أحب" للوجوب، وقد قال [شيوخنا[1898]] إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام لأنه أمر مختلف فيه فيحتاج إلى نظر واجتهاد. انتهى. والسفه ضده فهو عدم حفظ المال [قال في التوضيح: إذ لا واسطة بينهما، وسواء صرفه في المباحات أو المحرمات واعترض المصنف على ابن الحاجب في قوله صرف المال[1899]] في اللذات/ المحرمة [قال:[1900]] وقد قال ابن عبد السلام وغيره هو [خلاف[1901]] ظاهر المذهب، ثم ذكر لفظ المدونة وقال: قوله وغيره [يبين[1902]] ذلك. 65

والله أعلم. ومعنى قول المصنف: "إلى حفظ مال ذي الأب بعده" أن الصبي لا يخرج من الحجر ببلوغه بل هو محجور عليه إلى ظهور رشده. قال في التوضيح: ولا خلاف أنه لا يخرج من الحجر قبل

الحديث

1891 - في المطبوع ويأتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.

1892 - في المطبوع ويزاد وما بين المعقوفين من عدود ص64 وم23 والشيخ48 ويحيى25.

1893 *- في م23 وسيد11 ويحيى25 والشيخ48 الوصايا.

1894 *- في المطبوع مبرزا وما بين المعقوفين من يحيى25 وم23 وأقره الشيخ محمد سالم.

1895 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.

1896 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى25 والشيخ48.

1897 - في المطبوع ويحيى25 والشيخ48 الجامع وما بين المعقوفين من ن عدود ص64.

1898 - في المطبوع شيخنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى26 والشيخ48.

1899 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 وم23 ويحيى26 والشيخ48.

1900 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص65 وفي م23 وقال قال ويحيى26 وقال والشيخ48 قال وقال.

1901 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص65 وم23 والشيخ49.

1902 - في المطبوع يفيد وما بين المعقوفين من ن عدود ص65 والشيخ49 وم23 ويحيى26.

نص خليل وَفَكٌّ وَصِيٌّ وَمُقَدَّمٍ إِلاَّ كَدِرْهَمٍ لِعَيْشِهِ لاَ طَلاَقِهِ وَاسْتِلْحَاقِ نَسَبٍ وَنَفْيِهِ وَعِتْقِ مُسْتَوْلَدَتِهِ وَقِصَاصٍ وَنَفْيِهِ وَإِقْرَارٍ بِعُقُوبَةٍ.

متن الحطاب بلوغه وإن ظهر رشده، فإذا بلغ فإما أن يكون أبوه حجر عليه وأشهد بذلك أم لا، أما إن حجر عليه فحكمه كمن لزمته الولاية، وإن لم يحجر عليه فإن علم رشده أو سفهه عمل عليه، وإن جهل فالمشهور أنه محمول على السفه، وروى زياد بن غانم عن مالك أنه محمول على الرشد. انتهى. وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب العتق: واختلف هل الولد محمول في حياة أبيه على الرشد أو السفه؟ والمشهور أنه محمول على السفه حتى يعلم رشده. انتهى.

ص: وفك وصي أو مقدم ش: قال ابن الفرس في أحكام القرآن: واختلف في الوصي من قبل الأب أو القاضي هل له فك الحجر دون القاضي. انتهى. وقال في وثائق الفشتالي: وإذا أراد الوصي أو الأب/ 66 إطلاق هذا المحجور من الولاية كان له ذلك، ويعقد في ذلك لما تبين لفلان ابن فلان الفلاني رشد محجوره أو ولده فلان الذي في ولايته وحسن نظره لنفسه وضبطه لماله أطلقه من حكم الولاية، ورشده لرشده وملكه أمر نفسه وماله على العموم والإطلاق والشمول والاستغراق، ولم تبق عليه ولاية وقبل ذلك من ترشيده المرشد المذكور قبولا تاما واعترف برشده وأنه بالأحوال الموصوفة شهد على [اشهاد[1903]] المرشد والمرشد المذكورين بما فيه عنهما في صحة وجواز وطوع من المرشد مطلقا ومن المرشد من الآن وعرفهما وفي كذا، وإن ضمن الشهود معرفة رشد المحجور كان أتم، وإن سقط من العقد لم يضره، وقول الأب أو الوصي مقبول في ذلك، فإن سقط ذكر ذلك وباع ماله وأفسده وقامت البينة أنه لم يزل سفيها [منذ[1904]] بلغ إلى وقتهم هذا لزمته [الولاية[1905]] ورد فعله وعزل القاضي الوصي وجعل غيره عليه ولم يضمن الوصي شيئا مما أتلفه لأنه فعله باجتهاده، [وإن طلب ترشيد نفسه كلفه القاضي إثبات رشده قال فإذا [أثبت[1906]] ذلك أعذر للأب[1907]] والوصي أو المقدم، فإن لم يكن مدفع أشهدت عليه بذلك، وإن ادعى خلاف الحالة المذكورة كلف إقامة البينة، فإن أثبت ذلك أعذر فيه [للمشهود[1908]] فيه[1909] فإن وافق فلا إشكال، وإن نازع فيه وعجز عن المدفع فيه من تجريح أو غيره كانت شهادة من شهد بالسفه أعمل، وقال بعض الموثقين ينظر إلى أعدل البينتين، فإذا حكم الحاكم وقام بعد ذلك وادعى أنه لم يزل سفيها هل يمضي أفعاله لأن القاضي حكم بترشيده ولا سيما إن كانت بينة الترشيد أعدل فيكون قد وافق نقل قائل من أهل العلم، أو يرد ذلك إن كانت بينة السفه أعمل لأنه حكم بخطأ فتأمله. وانظر أجوبة ابن رشد. انتهى. ويشير بذلك لقول ابن رشد في باب الوصايا في

الحديث ....

1903 – في المطبوع وم23 أحوال وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 ويحيى26 والشيخ49.

1904 – في المطبوع قد وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

1905 – في المطبوع أو إن طلب ترشيد نفسه كلفه القاضي اثبات رشده قال فإذا ثبت ذلك اعذر للأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

1906 – في المطبوع وم23 ثبت وما بين المعقوفين من ذي ص66 وسيد11 والشيخ49 وفي يحيى26 فإن أثبت.

1907 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

1908 – في المطبوع المشهود وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

1909 *- كلمة فيه توقف فيها الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَتَصَرُّفُهُ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَى الإجَازَةِ عِنْدَ مَالِكٍ لاَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَعَلَيْهِمَا الْعَكْسُ فِي تَصَرُّفِهِ إذَا رَشَدَ بَعْدَهُ وَزِيدَ فِي الأنْثَى دُخُولُ زَوْجٍ بِهَا وَشَهَادَةُ الْعُدُولِ عَلَى صَلاَحِ حَالِهَا.

متن الحطاب مسألة من أوصى به أبوه إلى أمه فتوفيت ولم توص به إلى أحد فتزوج ومات قبل البناء أن في ميراث زوجته وصداقها ثلاثة أقوال: أحدها لا ميراث لها ولا صداق. الثاني لها الميراث والصداق. الثالث لها الميراث فقط، وأما الصداق فينظر فإن كان نكاحه [غبطة[1910]] بحيث لو كان له ولي [واطلع[1911]] عليه لم يفسخه كان لها الصداق أيضا، وإن كان غير ذلك لم يكن لها الصداق، وأما إن كان نكاحه بعد أن ثبت عند القاضي رشده فقضى بترشيده فالنكاح ماض ولها الصداق والميراث قولا واحدا، والحكم نافذ لا يرد بشهادة من شهد أنه لم يزل متصل السفه، وإن كانوا أعدل من الشهود الذين قضى القاضي بشهادتهم إذ قد فات موضع الترجيح بين الشهود [بنفوذ[1912]] الحكم فإنما توجب شهادتهم الحكم بتسفيهه، وتكون أفعاله من يوم حكم بترشيده إلى يوم حكم بتسفيهه جائزة ماضية. انتهى.

ص: وتصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم وعليهما العكس في تصرفه إذا رشد بعده وزيد في الأنثى دخول زوج وشهادة العدول على صلاح حالها ش: الضمير عائد على السفيه البالغ الذي لا حجر عليه، وهو السفيه المهمل الذي لا أب له ولا وصي ولا مقدم من قبل القاضي، وما عزاه لمالك قال في المقدمات: هو المشهور من قول مالك وكبراء أصحابه، والقول الثاني هو المشهور من قول ابن القاسم، وفي المسألة قولان آخران سيأتي ذكرهما في كلام/ ابن رشد في المقدمات، وعلم من كون الضمير عائدا على السفيه البالغ الذي لا حجر عليه أن مجهول الحال لا ترد أفعاله وهو كذلك. 67

قال في التوضيح والمقدمات: اتفاقا، وأن الخلاف إنما هو في البالغ السفيه المهمل الذكر، وأما من كان دون البلوغ فأفعاله مردودة ذكرا كان أو أنثى. قاله في المقدمات في كتاب المأذون له في التجارة، وأما الأنثى المهملة السفيهة فلم يتعرض لها في هذا المختصر، ولم يذكر أيضا بماذا تخرج من الحجر، وذكر في المقدمات في ذلك قولين: أحدهما أن أفعالها جائزة، وهو قول سحنون في العتبية وقول غير ابن القاسم في المدونة ورواية زياد عن مالك، والثاني أن أفعالها مردودة ما لم تعنس أو تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يحمل أمرها فيها على الرشد. قيل: أقصاها العام، وهو قول ابن الماجشون، وقيل ثلاثة، وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركت عليه العمل لا يجوز فعلها حتى يمر بها في بيت زوجها مثل السنتين والثلاث. انتهى. ونقله في التوضيح. فعلم من هذا أن أفعالها مردودة قبل هذا، وانظر هل هي داخلة في قول المؤلف: "وزيد في الأنثى دخول زوج الخ" ويكون المؤلف مشى على القول الثاني، ويكون قوله: "شهادة العدول على صلاح حالها" في هذه بأن تقيم مدة يحمل أمرها فيها على الرشد أو نقول ليست داخلة، وكلام المؤلف خاص بذات الأب أو الوصي، وأما المهملة فحكمها ما تقدم، والظاهر أنها غير داخلة [لأن المشهور فيهما[1913]] مختلف على ما ذكر في البيان،

الحديث ....

[1910] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

[1911] - في المطبوع أو اطلع وما بين المعقوفين من ن عدود ص66 وم23 ويحيى26 والشيخ49.

[1912] *- في المطبوع وبنفوذ وما بين المعقوفين من يحيى26 والشيخ49 وسيد12.

[1913] - في المطبوع والمشهور فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص67 وم24 ويحيى26 والشيخ50.

نص خليل ....

متن الحطاب ويظهر ذلك من كلامه فإنه ذكر في كل واحدة من ذات الأب والمهملة سبعة أقوال، وذكر المشهور في كل واحدة، ونصه في شرح المسألة السادسة من سماع سحنون من كتاب المديان والتفليس: وقد اختلف في هاتين اختلافا كثيرا فقيل في ذات الأب إنها تخرج بالحيض من ولاية أبيها، وقيل إنها لا تخرج [به[1914]] حتى تتزوج ويمر بها عام ونحوه بعد الدخول، وقيل عامان، وقيل سبعة، وقيل لا تخرج وإن طالت إقامتها مع زوجها حتى يشهد العدول على صلاح حالها، وقيل تخرج بالتعنيس وإن لم يدخل بها زوجها، واختلف في حد تعنيسها فقيل أربعون، وقيل من خمسين إلى ستين، وقيل أفعالها جائزة بعد التعنيس إذا أجازها الولي فهذه سبعة أقوال، وقيل في اليتيمة المهملة إن أفعالها بعد البلوغ جائزة، وقيل لا تجوز حتى يمر بها بعد الدخول العام ونحوه أو العامان ونحوهما، وقيل الثلاثة الأعوام ونحوها، وقيل حتى تدخل ويشهد العدول على صلاح حالها، وقيل إذا عنست وإن لم تتزوج واختلف في هذه من الثلاثين سنة ومما دون الثلاثين إلى الخمسين والستين وهو انقطاع الحيض فهذه ستة أقوال.

ويتخرج فيها قول سابع وهو أن تجوز أفعالها بمرور سبعة أعوام من دخولها، والمشهور في البكر ذات الأب أنها لا تخرج من ولاية [أبيها، ولا[1915]] تجوز أفعالها وإن تزوجت حتى يشهد العدول على صلاح أمرها، والذي جرى به العمل عندنا أن تكون أفعالها جائزة إذا مرت بها سبعة أعوام من دخول زوجها بها على رواية منسوبة لابن القاسم، والمشهور في البكر اليتيمة المهملة أن تكون أفعالها جائزة إذا عنست [أو مضى[1916]] لدخول زوجها بها العام، وهو الذي جرى به العمل، فإن عنست في بيت زوجها جازت أفعالها باتفاق إذا علم رشدها أو جهل حالها وردت إن علم سفهها. هذا الذي أعتقده في هذه المسألة على منهاج قولهم. انتهى. وعلم من قوله: "جازت أفعالها باتفاق إذا علم رشدها أو جهل حالها" أن معنى قوله: "والمشهور في المهملة أن أفعالها جائزة إذا عنست أو مضى لدخول زوجها بها العام" أن ذلك إذا لم يعلم سفهها، والأقوال التي تقدمت في ذات الأب جميعها إذا لم يعلم سفهها، وأما إن علم سفهها فأفعالها مردودة. هكذا [قيدها[1917]] جميعها في المقدمات في كتاب المأذون له، وكذلك المهملة إذا علم سفهها فلا تجوز أفعالها إلا قول سحنون، وهو شاذ كما/ سيأتي في كلام ابن رشد بخلاف الذكر إذا علم سفهه وكان مهملا فإن أفعاله جائزة عند جميع أصحاب مالك إلا ابن القاسم. قال ابن رشد في المسألة التي بعد المسألة المتقدمة: وأما البكر المهملة دون أب ولا وصي فالمشهور أن خلعها لا يجوز ولا شيء من أفعالها، وهو نص قول أصبغ في نوازله من هذا الكتاب ومن كتاب التخيير والتمليك، وذهب سحنون هنا إلى أن خلعها يجوز، وكذلك سائر أفعالها قياسا على السفيه اليتيم الذي لا وصي له فعلى قوله تجوز أفعالها وإن كانت سفيهة معلومة السفه، وهو شذوذ من قوله، لم يتابعه عليه أحد من أصحاب مالك، وأجمع أصحاب مالك كلهم غير ابن القاسم على أن أفعال

68

الحديث ....

[1914] – في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص67 وم24 ويحيى26 والشيخ50.

[1915] – في المطبوع أبيها انتهى ولا وما بين المعقوفين من عدود ص67 وم24 ويحيى26 والشيخ50.

[1916] – في المطبوع ومضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص67 وم24 ويحيى27 والشيخ51.

[1917] – في المطبوع قيد ويحيى27 وما بين المعقوفين من ن عدود ص67 وم24 والشيخ51.

نص خليل ....

متن الحطاب السفيه إذا لم يكن في [ولاية[1918]] جائزة، وقد روى ابن وهب عن مالك أن أفعاله لا تجوز مثل قول ابن القاسم. انتهى. وقد حكى في المقدمات في اليتيم المهمل أربعة أقوال: أحدها قول مالك وكبراء أصحابه أن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة رشيدا كان أو سفيها معلنا بالسفه أو غير معلن به اتصل سفهه من حين بلوغه أو سفه بعد أن [أنس[1919]] منه الرشد من غير تفصيل. الثاني لمطرف وابن الماجشون [إن[1920]] كان متصل السفه فلا [تجوز،[1921]] وإلا جازت ولزمته ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة مثل أن يبيع ما بألف بمائة فلا يجوز، ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين معلن السفه وغيره، والثالث لأصبغ إن كان معلنا فلا تجوز، وإن لم يعلن جازت اتصل سفهه أم لا، وذهب ابن القاسم وهو القول الرابع إلى أنه ينظر يوم بيعه إن كان رشيدا جازت أفعاله، وإن كان سفيها لم تجز، وليس في كلامه في المقدمات مخالفة لقوله في البيان: أجمع مالك وأصحابه غير ابن القاسم لأن الخلاف الذي ذكره عن هؤلاء الثلاثة مطرف وابن الماجشون وأصبغ إنما هو في بعض [أحوال[1922]] السفه فتأمله. والله أعلم.

وأما اليتيمة ذات الوصي من أبيها [أو المقدم[1923]] من قبل القاضي فقال في المقدمات: لا تخرج من الولاية وإن عنست أو تزوجت ودخل بها زوجها وطال زمانها وحسنت حالتها ما لم تطلق من ثقاف الحجر الذي لزمها بما يصح إطلاقها منه، وقد بينا ذلك قبل هذا، وهذا هو المشهور في المذهب المعمول به، وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن حالها مع الوصي كالأب في خروجها بالتعنيس أو النكاح يريد مع طول المدة وتبين الرشد، وهي رواية مطرف وابن عبد الحكم وعبد الرحيم عن مالك. انتهى. وهذا يفهم من كلام المصنف؛ لأنه قال في الذكر: إذا كان ذا أب فيخرج [من الحجر[1924]] بالبلوغ مع حفظ المال، وإن كان بوصي أو مقدم فيخرج بالبلوغ مع حفظ المال [وفك الوصي أو المقدم. ثم قال في الأنثى: "وزيد في الأنثى دخول زوج الخ" فيزاد ما ذكر على ما تقدم في كل واحدة، فذات الأب يزاد لها مع حفظ المال[1925]] والبلوغ دخول زوج بها وشهادة العدول على صلاح حالها إن [لم[1926]] يُطْلِقْهَا الأب قبل ذلك، وذات الوصي والمقدم يزاد لها مع البلوغ وحفظ المال وفك الوصي أو المقدم دخول زوج وشهادة العدول على صلاح حالها، ولهما أن يطلقاها قبل ذلك على الخلاف. والله أعلم.

فرع: إذا مات الوصي وتصرف السفيه بعد موته فالذي جرى به العمل أن تصرفه حينئذ كتصرفه قبل

الحديث ....

[1918] – في المطبوع ولايته وما بين المعقوفين من ذي ص68 وم24 ويحيى27 وسيد11 والشيخ51.

[1919] *– في المقدمات ج2 ص350 ءانس وصوبه الشيخ محمد سالم ب أونس.

[1920] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص68 وم24 ويحيى27 والشيخ51.

[1921] *– في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من م24 ويحيى27 والشيخ51 وسيد11.

[1922] *– في م24 وسيد12 أصحاب السفه.

[1923] – في المطبوع ومقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص68 وم24 ويحيى27 والشيخ51.

[1924] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص68 ويحيى27 والشيخ51.

[1925] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص68 وم24 ويحيى27 والشيخ51.

[1926] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص68 ويحيى27 والشيخ52.

نص خليل وَلَوْ جَدَّدَ أَبُوهَا حَجْرًا عَلَى الأَرْجَحِ وَلِلأَبِ تَرْشِيدُهَا قَبْلَ دُخُولِهَا كَالْوَصِيِّ وَلَوْ لَمْ يُعْرَفْ رُشْدُهَا وَفِي مُقَدَّمِ الْقَاضِي خِلاَفٌ وَالْوَلِيُّ الأَبُ وَلَهُ الْبَيْعُ مُطْلَقًا وَإِن لَّمْ يَذْكُرْ سَبَبَهُ.

متن الحطاب موته إلا أن يعرف فيه وجه الصواب. ذكره البرزلي في مسائل الوصايا وفي مسائل المحجور وفي مسائل النكاح.

ص: **ولو جدد أبوها حجرا على الأرجح** ش: كلام ابن غازي في التنبيه على قول المازري على الأرجح كاف في ذلك، ومثله لو/ أوصى عليها بعد دخولها وقبل ظهور الرشد ثم تأخر موته حتى ظهر رشدها. انظر المقدمات، وفيها خلاف حكاه في المقدمات في كتاب المأذون، ونقله عنه في الطرر. 69

ص: **وفي مقدم القاضي خلاف** ش: مشى في المتيطية على أنه لا يضر عدم العلم برشدها قال: ولو سقط هذا الفصل -يعني ذكر من يعرف رشد اليتيمة- لنفذ إطلاق وكيل القاضي [وإن لم يستأمر القاضيَ في ذلك[1927]] ومؤامرته أحسن، كان الذي قدمه أو غيره بعده. اهـ من فصل المحجور.

ص: **وله البيع مطلقا وإن لم يذكر سببه** ش: يعني أن الأب له أن يبيع على ولده المحجور الربع وغيره لأحد الوجوه المذكورة بعد أو غيرها، وقاله ابن عبد السلام وغيره.

قال في التوضيح: ولو باع من نفسه ولم يذكر أنه باع لولده فالبيع ماض، ولا اعتراض فيه للابن إذا رشد. قاله ابن [القاسم[1928]] في الواضحة والثمانية، فإن باع لمنفعة نفسه [فقال ابن حبيب: كان أصبغ يمضي بيعه ثم رجع عنه؛ يريد أنه رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه[1929]] فسخ. اهـ. وقال في الشامل: وحمل في بيعه وشرائه أنه على النظر حتى يثبت غيره إلا فيما يشتريه له من مال نفسه [فبالعكس،[1930]] ولو باع من نفسه ولم يقل لولدي فلا مقال للولد. ابن رشد: إلا أن يكون باع لمصلحة نفسه على الأصح. اهـ.

وقال في النوادر في ترجمة ما يفعله الأب في مال ولده من كتاب التفليس والمأذون والمولى عليهم ما نصه: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وما باع الأب أو رهن من متاع ولده لنفسه فهو مردود [إن[1931]] عرف أنه فعله [لنفسه لأنه[1932]] قد يفعله لولده، وإن لم يعرف فهو على أنه فعله لولده حتى يعلم أنه فعله لنفسه لدين عليه أو [لغيره[1933]] وهذا في عدمه، [فأما[1934]] وهو مليء فذلك ماض ويضمن الثمن. قال: وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك نافذ إلا بالبخس البين فيرد كله، ومتى قارب الأثمان مضى، وما باعه من مال ولده الصغير [فحابى[1935]] فيه فإن صغرت المحاباة مضى وكان في مال الأب كالعطية، وما عظم رد كله. ثم قال بعد ذكره عتقه وأصبغ يجيز هذا كله من فعل الأب من هبته وبيعه وعتقه وأصدقة النساء، مليا كان أو

الحديث ....

1927 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 وم24 ويحيى27 والشيخ52.

1928 *- في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من يحيى27 وسيد12 والشيخ52.

1929 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 ويحيى27 والشيخ52.

1930 *- في المطبوع فالعكس وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 وم25 ويحيى27 والشيخ52.

1931 - في المطبوع وم25 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 والشيخ52 ويحيى27.

1932 - في المطبوعة وسائر النسخ ولأنه وما بين المعقوفين ن عدود69 وصوبه الشيخ محمد سالم.

1933 - في المطبوع غيره وما بين المعقوفين من ن ذي ص69 وم24 ويحيى27 والشيخ52.

1934 - في المطبوع وأما وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 وم24 ويحيى27 والشيخ52.

1935 - في المطبوع محابي وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 وم24 ويحيى27 والشيخ52.

نص خليل ....

متن الحطاب معدما قائما كان أو فائتا، طال أمد العقد أو لم يطل بنى بالمرأة أو لم يبن كان البيع له أو لنفسه فهذا كله نافذ، ويلزم الأب قيمة ذلك لبنيه في ماله وذمته إلا أن يكون السلطان تقدم إليه في ذلك ونهاه عنه فلا يجوز بعد ذلك فعله في شيء من ذلك، وبالأول قال ابن حبيب. اهـ. وانظر النوادر أيضا في كتاب النكاح والعتق، وقال في مختصر الواضحة: قال ابن حبيب قال لي مطرف وابن الماجشون: يمنع الرجل أن يقضي في مال ولده الصغير إلا بالنظر له [والتثمير[1936]] في ماله والتوفير عليه، فإذا تصرف فيه بشيء نظر فيه بعد الوقوع، فما أعطى من مال ولده الصغير ومتاعه ورقيقه وعقاره فسائغ للمعطى، وعلى الأب قيمته في ماله عوضا مما أعطى [من مال ولده[1937]] شرط الأب العوض يوم أعطى أو لم يشترط، وذلك إذا كان الأب موسرا يوم أعطى أو معسرا ثم أيسر فلا سبيل [للولد[1938]] إلى المعطى، إلا أن يكون الأب قد أعسر من بعد يسره فلم يجد عنده شيئا فإن الابن يرجع على المعطى [بشيئه[1939]]/ ذلك إن كان قائما، أو بقيمته إن فات عنده بسبب كعتق أو إيلاد أو [ببلَى[1940]] الثوب أو تغير الطعام أو [يبيع[1941]] ويأكل الثمن ويرجع بذلك المعطى على الأب ويتبعه به لأنه أعطاه [عطاء[1942]] كان جائزا له إذا [كان[1943]] ذا مال ولما أيسر صار ضامنا لقيمته لولده فساغت للمعطى.

70

قال: وما كان من فواته من أمر من السماء وما أشبهه فإنه لا يضمن قال: وإن كان الأب يوم أعطى معسرا فذلك غير جائز، شرط الأب العوض أو لم يشترطه، فإن أدرك ذلك قائما في يد المعطى وكان الأب متصل العدم رد، وإن فات أخذ قيمته من المعطى ولم يكن له رجوع على الأب لأنه أعطاه ما لم يكن له إعطاؤه حين كان معسرا وكان بمنزلة ما أعطى من مال غير ولده ثم أخذ ذلك من المعطى فإنه لا يرجع به على المعطى. قالا: وما باع الرجل أو رهن من مال ولده، فإن جهل أن يكون فعل ذلك لنفسه أو ولده فهو ماض لأنه يلي ولده وينفق عليهم من مالهم إن شاء ويرهن لهم ويبيع لهم فذلك جائز حتى يعلم أنه إنما فعل ذلك لنفسه وفي منفعته بخاص أو لدين كان عليه قديما قبل أن يصير لولده ذلك المال وما أشبه هذا فيرد، وذلك إن كان الأب معسرا فأما إن كان ذا مال أو كان له وفاء بثمن ما باع فبيعه ماض بمنزلة ما لو أعطى فيما فسرت لك. ثم قال: وكذلك ما أصدق النساء من رقيق ولده الصغير أو غير ذلك من متاعه، فإن كان موسرا فهو ماض وهو ضامن للقيمة في ماله، وإن كان معسرا فقال مالك ترد للولد ما لم يبن الأب بها فيمضي وإن كان قائما. ثم قال: وقد روي عن أبي جعفر عن أشهب أنه سئل عن رجل تزوج بمال ولده أو أعتق أو وهب أو باع قال: إن كان موسرا

الحديث ....

1936 – في المطبوع والتنمي وفي يحيى27 والشيخ52 والتنمية لماله وما بين المعقوفين من ن ذي ص69.

1937 – ساقطة من المطبوع وم25 وما بين المعقوفين من ن عدود ص69 ويحيى27 والشيخ52.

1938 – في المطبوع والشيخ52 للولي وفي نسخة الزايد للابن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى28 وم25.

1939 *– في المطبوع بسببه وفي الشيخ53 لشيئه وم25 بشبه ويحيى28 لشبه وما بين المعقوفين من ن ذي69.

1940 – في المطبوع بلي وما بين المعقوفين من ن ذي ص70 وم25 ويحيى28 والشيخ52 أو ببلى.

1941 – في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن ذي ص70 والشيخ53 وسيد12 وفي م25 ويحيى28 أو بيع.

1942 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الشيخ53 وم25.

1943 *– علق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في المطبوعة والنسخ والصواب (إذ كان).

نص خليل ....

متن الحطاب يوم فعل ذلك جاز وإن كان معسرا لم يجز وأخذ الابن ماله كله كان الابن صغيرا أو كبيرا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أنت ومالك لأبيك[1]} قال عبد الملك بن حبيب: وقد سمعت أصبغ يجيز ذلك كله من فعل الأب بيعه وعتقه وهبته وإصداق النساء موسرا كان أو معسرا قائما ذلك كله أو فائتا، طال أمد البعد أم لم يطل، بنى بالمرأة أو لم يبن، كان البيع لنفسه أو لولده، فذلك كله عنده ماض، ويلزم الأب قيمة ذلك في ماله وذمته، وكذلك قال ابن القاسم إذا أصدق المرأة من مال ولده الصغير إلا أن يكون السلطان تقدم إليه في ذلك ونهاه عنه فلا يجوز شيء من قضائه فيه بعد ذلك. قال عبد الملك: ولا أقول به وقولي فيه على قول مطرف وابن الماجشون، وقد رجع أصبغ عن بيعه لنفسه ولم يجزه ورده مثل قولهما. قال عبد الملك: واجتمعوا إذا كان السلطان تقدم إلى الأب أن لا يصدق من مال ابنه الصغير امرأة [ثم فعل[1944]] فلا يمضي ذلك على الولد ويكون أحق بشيئه من المرأة، بنى بها أبوه أو لم يبن، موسرا كان أو معسرا، علمته المرأة أو جهلته، وهذا مجتمع عليه من قول مالك وأصحابه. اهـ.

وقال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات: وحكم ما باعه الأب من مال ولده الصغير في مصلحة نفسه أو حابى فيه حكم ما [وهبه[1945]] أو تصدق به ويفسخ في القيام ويكون الحكم فيه في الفوات حكم ما ذكرته. اهـ. والمسألة مطولة فيه، وفي كتاب النكاح من البيان وفي رسم [الجواب[1946]] من سماع عيسى وسماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس: وقال ابن سلمون: فإن باع ملك ابنه ولم يذكر أنه باع على ابنه فالبيع ماض على الابن وإن لم يذكر ذلك في الوثيقة لأنه هو المتولي لأموره والناظر له، وكذلك الكراء إذا قال أكريت ولم يقل على ابني. اهـ. وقال في كتاب الحجر من الذخيرة: ومن باع أو رهن من متاع ولده لنفسه فهو مردود إن عرف أنه فعله لنفسه، وإن جهل هل لنفسه أو لولده لا يرد لإمكان صحة التصرف، وهذا في عدمه، وأما في ملائه فيمضي ويضمن الثمن فيما باع لصحة التصرف بحسب الإمكان. اهـ. وقال الجزيري في وثائقه: وإن لم يذكر الأب أنه باع على ابنه أو لنفسه والملك للابن مضى البيع على الابن وكذلك الكراء.

71 قال ابن الماجشون: إلا أن يتبين أنه باع لنفسه/ بخاص فيرد، ويجوز بيع الأب العديم مال ابنه إن كان تافها وإن كان غبيطا باع منه بمقدار ما يكفيه مدة لا تكون طائلة إذ قد يوسر الأب، ولم يحدوا المدة إذ هي مصروفة إلى الاجتهاد بحسب ما يقتضيه حال الأب، ويفترق حكم من يرجى له ممن لا يرجى ويعقد في العقد أنه باع عليه كذا لينفق من الثمن على نفسه ويقيد بعد جواز أمر ممن يعرف عدم الأب، وأنه لا مال له ظاهرا ولا باطنا في علمه، والسداد في البيع، وصغر الابن، وإن باع بإذن القاضي كان أبعد من التهمة وذكر كيفية كتابة ذلك، وقول المؤلف: "وله البيع مطلقا" ظاهره ولو من نفسه، وهو كذلك كما تقدم في كلام النوادر؛ وهو قوله وما اشترى لنفسه من رقيقهم وعقارهم فذلك

الحديث 1- ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، ط. دار إحياء التراث 1975، رقم الحديث 2291.

1944 *- في المطبوع ثم إن فعل وما بين المعقوفين من م25 وسيد12 ويحيى28 والشيخ53.

1945 *- في المطبوع باعه وما بين المعقوفين من م25 ويحيى28 وسيد12 والشيخ53.

1946 *- في المطبوع وم25 الجواز وما بين المعقوفين من سيد12 والشيخ53.

نص خليل ثُمَّ وَصِيُّهُ وَإِنْ بَعُدَ وَهَلْ كَالأَبِ أَوْ إلاَّ الرَّبْعَ فَبَيَانِ السَّبَبِ خِلاَفٌ.

متن الحطاب نافذ إلا بالبخس البين فيرد كله وما قارب الأثمان مضى. اهـ . وقال ابن سلمون: وله أن يشتري مال ابنه لنفسه ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقارا كان المال أو سواه إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش. ثم قال: وإن ضمنت العقد أن الثمن ثمن مثله فحسن، وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن. اهـ. [قاله[1947]] في المتيطية وانظر هذا مع ما قاله ابن رشد في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات أنه يحتاج في شراء مال ولده إلى معرفة السداد للابن لئلا يشتريه بأقل من ثمنه لأن الأمر فيما بينه وبينه، وهو فيه محمول على غير السداد. قال: وذلك بين من قوله في كتاب الجعل من المدونة وفي رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح؛ لأنه شرط في شراء الأب لنفسه الرأس يساق إلى ابنته البكر في صداقها أن يكون الشراء صحيحا ببينة وأمر معروف. اهـ.
ويشير إلى قوله في ترجمة نزو الفحل: وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه، فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره فإن فعله يتعقبه الإمام فما كان خيرا لليتيم أمضاه، وكذلك الأب في ابنه الصغير. اهـ.
وفي كتاب الصدقة من المدونة: ومن تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه فلا بأس أن يقومها على نفسه ويشهد ويستقصي للابن، وسيأتي ذلك في كتاب الهبة في كلام المصنف عند قوله: "وتقويم جارية أو عبد للضرورة ويستقصي"، ويأتي هناك أيضا عند قوله: "وللأب اعتصارها من ولده" حكم ما إذا باع ما وهبه له أو تصدق به عليه. والله أعلم.
فائدة: قال في المسائل الملقوطة: الأمناء المصدقون على ما في أيديهم ثمانية عشر: الوالد في مال ولده الصغير وابنته البكر، والوصي في مال اليتيم و[السفيه[1948]]المحجور عليه وأمناء الحكام [الموضوع[1949]] تحت أيديهم الأموال، والمستودع، والمقارض، والأجير فيما استؤجر عليه، والكري في جميع ما استحمله غير الطعام والصانع غير [الصابغ،[1950]] والراعي ما لم [يتعد[1951]] فيكون [كالصانع،[1952]] والمستعير، والمرتهن فيما لا يغاب عليه، والوكيل فيما وكل على النظر [فيه[1953]] والمأمور بالشراء والبيع، والدلال والشريك مفاوضا أو غيره، والرسول فيما أرسل به والمبضع معه المال للشراء [أو التبليغ[1954]]، والمستأجر للأشياء المغيب عليها كلهم مصدقون، وما ادعي عليهم مما يوجب الضمان فالقول قولهم بلا يمين، إلا أن يتهموا فتجب عليهم اليمين. اهـ .
ص: **ثم وصيه وإن بعد وهل كالأب أو إلا الربع [فبييان[1955]] السبب خلاف** ش: [قوله:[1956]] "ثم وصيه" [أي[1957]] وصي الأب، وظاهر كلامه [رحمه الله[1958]] أن وصي الأب

الحديث ....

1947 – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من يحيى28 وسيد13 والشيخ53.
1948 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في المسائل الملقوطة ص 197.
1949 – في المطبوع والموضوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 ويحيى28 والشيخ54.
1950 – في المطبوع الصائغ وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 والذي في المسائل الملقوطة ص197 والشيخ54 الصائغ وفي يحيى28 الصايغ.
1951 *- في المطبوع يبعد وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة ص197.
1952 *- في المطبوع كالصباغ وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة ص197 وفي يحيى28 كالصناع.
1953 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم26 ويحيى28 والشيخ54.
1954 – في المطبوع والتبليغ وما بين المعقوفين من المسائل الملقوطة ص197.
1955 *- في المطبوع فيبنان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
1956 – ساقطة من المطبوع ويحيى28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم26 والشيخ54.
1957 *- في المطبوع أو وما بين المعقوفين من م26 والشيخ54 ويحيى28.
1958 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم26 ويحيى28 والشيخ54.

نص خليل ....

متن الحطاب كالأب في القول الأول، وأنه يبيع لسبب من الأسباب الآتية ولغيرها كما في الأب، وظاهر كلامه في التوضيح أن الوصي لا يبيع إلا [لسبب[1959]] من الأسباب الآتية، إلا أنه في هذا القول يصدق في أنه باع لسبب من هذه الأسباب، وأن أفعاله محمولة على [السداد حتى[1960]] يثبت خلافه، ويحتمل أن يكون التشبيه/ 72 إنما هو في كون أفعاله محمولة على السداد كالأب لا في أنه يبيع [لغير[1961]] الوجوه المذكورة، ويحتمل أن يكون أشار بالقول الأول إلى ما ذكره [في التوضيح[1962]] عن ابن المواز، وهو قوله: وقال أبو عمران وغيره من القرويين: فعله في الرباع محمول على غير النظر حتى يثبت خلافه [قال:[1963]] وهو معنى ما في الموازية.

وقال قبله: وأما الوصي فهو أخفض رتبة من الأب [لأن الأب[1964]] يبيع من غير ذكر سبب، بخلاف الوصي فإنه لا يبيع إلا بعد ذكر [سبب،[1965]] بخلاف الأب وفعل الوصي على السداد حتى يثبت خلافه، وبه قال جماعة من الأندلسيين وغيرهم، وقال أبو عمران وغيره وذكر ما تقدم عنه، وانظر حكم مقدم القاضي، وظاهر كلام المتيطي أن حكمه حكم الوصي. قال في فصل تقديم القاضي على حوز أصول اليتيم: والتقديم على حوز الأصول [ليس يقوى قوة التقديم على الجميع من الدفع والقبض وغير ذلك؛ لأن التقديم على الجميع ينعقد فيه أنه أقامه مقام الوصي والمقدم على حوز الاصول[1966]] خاصة إنما هو على شيء بعينه، وليس له أن ينكحه إلا بأمر القاضي ولا أن يبيع عليه كما يفعل المقدم على النظر في الجميع. اهـ.

وذكر [قبل[1967]] ذلك في الكلام على إيصاء الوصي عن بعض الموثقين أن حكم مقدم القاضي كحكم الوصي في جميع أموره. وقال في فصل تقديم القاضي على الأيتام وتعقد في ذلك ما نصه: قدم القاضي بمدينة كذا أبو فلان فلان ابن فلان وفقه الله وسدده فلان ابن فلان على النظر لليتيم فلان ابن فلان والتثمير لماله وضبطه وتثقيفه وإجراء النفقة عليه وعلى من يجب الإنفاق عليه بسببه تقديما أقامه فيه مقام الوصي التام الإيصاء الجائز الفعل بعد أن ثبت عنده من يتم اليتيم، وأنه لا وصي له من قبل الأب ولا مقدم من حاكم ما أوجب التقديم وقبل فلان التقديم الخ. ثم قال: قال بعض الموثقين كان بعض القضاة ببلدنا يشترط على من قدمه على اليتيم أن لا يبيع له ملكا ولا عقارا إلا عن مشورته أو مشورة من يأتي بعده من القضاة قال: وهو وجه حسن لمن أخذ به. اهـ. وقال في الكلام على بيع الوصي وتعقد في ذلك: هذا ما اشترى فلان بن فلان من فلان بن فلان البائع على اليتيم الصغير أو الكبير فلان بن فلان الذي إلى نظره بإيصاء أبيه فلان به إليه في عهده الذي توفي عنه ولم ينسخه

الحديث ....

[1959] *- في المطبوع وم26 بسبب وما بين المعقوفين من يحيى29 وسيد12 والشيخ54.
[1960] - في المطبوع كالأب لا في أنه يبيع بغير وجوه حتى وما بين المعقوفين من م26 وسيد13.
[1961] - في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من سيد13 والشيخ55.
[1962] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص72 وم26 ويحيى29 والشيخ55.
[1963] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص72 وم26 ويحيى29 والشيخ55.
[1964] *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م26 وسيد12 ويحيى29 والشيخ55.
[1965] *- في يحيى29 السبب.
[1966] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص72 وم26 ويحيى29 والشيخ55.
[1967] - في المطبوع مثل ويحيى29 وما بين المعقوفين من ن عدود ص72 وم26 والشيخ55.

نص خليل وَلَيْسَ لَهُ هِبَةٌ لِلثَّوَابِ ثُمَّ حَاكِمٌ.

متن الحطاب بغيره في علم من شهد به إلى أن توفي أو بتقديم الفقيه القاضي بموضع [كذا أبي فلان بن فلان[1968]] وفقه الله وسدده إياه على النظر لليتيم بعد أن ثبت عنده ما أوجب ذلك، وإن كان القاضي معزولا أو ميتا زدت أيام كونه قاضيا بكذا ثم تكلم في بيعه، وهل هو محمول على النظر حتى يثبت أنه على غير نظر، أو محمول على غير نظر حتى يثبت أنه على النظر؟ وذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: وحكى الباجي في وثائقه عن إسماعيل القاضي [أنه فرق[1969]] بين وصي الأب ووصي القاضي فإنه أجاز لوصي الأب بيع عقار المحجور لوجه النظر، ومنعه لوصي القاضي إلا بإذن القاضي. قال: لأنه كالوكيل المخصوص على شيء بعينه وليس كالوكيل المفوض إليه. اهـ. وفي إرخاء الستور من المدونة: وإن لم يكن للطفل اليتيم وصي فأقام له القاضي خليفة كان كالوصي في جميع أموره. اهـ.
قال الشيخ أبو الحسن في الأمهات: كان كالوصي في النكاح وغيره، ويقوم من هنا أن مقدم القاضي له أن يوكل كالوصي، والمشهور أنه لا يوكل. اهـ. وقد حكى المتيطي الخلاف في توكيله، وسيأتي كلامه في الأقضية إن شاء الله تعالى؛ فهذه المسألة تستثنى من عموم قوله في المدونة: كالوصي في جميع أموره، ويستثنى أيضا المسألة المتقدمة في كلام المصنف في هذا الباب في الرشد في قوله: "وفي مقدم القاضي خلاف" ويستثنى أيضا مسألة ثالثة وهي هل هو كالوصي في إنكاح البكر أم لا؟ ذكر الخلاف في ذلك المتيطي وغيره، ونقله ابن عرفة.
ص: وليس له هبة للثواب ش: يعني وليس للوصي أن يهب من مال محجوره للثواب بخلاف الأب. قال في أثناء كتاب الهبات من المدونة: وللأب أن يهب من مال ابنه الصغير للثواب ويعوض عنه واهبه للثواب. اهـ. وقال أيضا قبل ترجمة هبة المكاتب بأسطر من كتاب الشفعة من المدونة: ومن وهب شقصا/ من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة، ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير، ويرد ذلك كله إلا أن يكون الأب موسرا، وإنما يجوز بيع الأب لمال ابنه على وجه النظر وهبة الوصي لشقص اليتيم كالبيع لربعه لا يجوز إلا لنظر [كثمن يرغبه فيه مثل ملك يجاوره أو ملي يصاقبه وليس[1970]] في غلته ما يكفيه وفيه الشفعة. اهـ. أبو الحسن: انظر جعل للأب أن يهب مال ابنه الصغير على عوض غير مسمى مع أنه قد تتغير الهبة فلا يلزمه إلا القيمة، كما له أن يبيع مال ابنه بمثل الثمن، ولا يجوز ذلك للوصي لأنه ليس له أن يبيع بمثل الثمن إلا بأزيد، وقوله: "لا تجوز محاباته في قبول الثواب" لأن ما حابى فيه هبة، [وهذا[1971]] إذا كان مما لا يتغابن الناس بمثله في البيوع، وقوله: "إلا أن يكون الأب موسرا" راجع للعتق، واختصره ابن يونس فقال: ولا تجوز محاباته في قبول الثواب، ولا ما وهب أو تصدق من مال ابنه الصغير، ويرد ذلك كله وإن كان الأب موسرا، بخلاف عتقه في ملائه فإنه يجوز ذلك على الأب

73

الحديث ....

[1968] *- في المطبوع كذا إلى فلان وما بين المعقوفين من م26 ويحيى29 والشيخ55.
[1969] - في المطبوع فرقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص72 وم26 ويحيى29 والشيخ55.
[1970] *- في المطبوع لثمن يرغبه في ملك يجاوره أو مليئ يصاحب وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص60.
[1971] - في المطبوع وكذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 وم26 ويحيى29 والشيخ56.

نص خليل

وَبَاعَ بِثُبُوتِ يُتْمِهِ وَإِهْمَالِهِ وَمِلْكِهِ لِمَا بِيعَ وَأَنَّهُ الأَوْلَى وَحِيَازَةِ الشُّهُودِ لَهُ وَالتَّسَوُّقِ وَعَدَمِ إِلْفَاءِ زَائِدٍ وَالسَّدَادِ فِي الثَّمَنِ وَفِي تَصْرِيحِهِ بِأَسْمَاءِ الشُّهُودِ قَوْلاَنِ لاَ حَاضِنٍ كَجَدٍّ وَعُمِلَ بِإِمْضَاءِ الْيَسِيرِ وَفِي حَدِّهِ تَرَدُّدٌ وَلِلْوَلِيِّ تَرْكُ التَّشَفُّعِ وَالْقِصَاصِ فَيَسْقُطَانِ وَلاَ يَعْفُو وَمَضَى عِتْقُهُ بِعِوَضٍ كَأَبِيهِ إِنْ أَيْسَرَ.

متن الحطاب

ويضمن [قيمته[1972]] في ماله. اهـ. ويأتي ذلك في شرح قوله: "وللولي ترك التشفع" صريحا في نص المدونة في كتاب القسمة.

ص: وباع بثبوت يتمه الخ ش:

فرع: إذا باع القاضي تركة قبل ثبوت موجبات البيع فأفتى السيوري أن بيعه لا يجوز وينقض، فإن فات لزمه رد مثل المثلي وقيمة المقوم يوم تعدى بسكة ذلك اليوم، وكذلك إذا باع التركة وفرط في قبض الثمن حتى غاب المشترون وهلكوا فإنه ضامن. اهـ من البرزلي في مسائل الأقضية. اهـ.

ص: وللولي ترك [التشفع[1973]] إلى قوله كأبيه إن أيسر ش: كلام ابن غازي في التنبيه على كلام الشارح كاف في/ ذلك. والله أعلم. وقال في ترجمة الحالفة لتقاسمن إخوتها من كتاب القسمة من المدونة: وإذا قسم الأب على الصغير [فحابى[1974]] لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته ولا صدقة مال ابنه الصغير، ويرد ذلك إن وجد بعينه. قال: وترد الصدقة، وإن كان الأب موسرا فإن فات ذلك عند المعطى وتلف ضمنه الأب إن كان موسرا يوم يختصمون دون المعطى، وإذا غرم الأب في ملائه لم يكن للأب ولا للابن على الأجنبي شيء، وإن كان الأب عديما رجع الابن على المعطى، فإن كانا عديمين اتبع أولهما يسارا بالقيمة، ومن أدى منهما لم يرجع على صاحبه، ولو أيسر الأب أولهما لم يكن للابن تركه واتباع الأجنبي، كما ليس له ذلك في ملائهما، وإن أعتق الأب غلام ابنه الصغير جاز ذلك إن كان الأب موسرا يوم العتق وعليه الثمن في ماله، وإن كان الأب معسرا يوم أعتق لم يجز عتقه ورد. قال مالك: إلا أن يتطاول زمان ذلك وينكح الحرائر، وتجوز شهادته فلا يرد عتقه، ويتبع الأب بقيمته. اهـ.

74

قال أبو الحسن في كتاب المكاتب لما يلحق في نقض عتقه في النكاح والشهادة من الضرر: وقال فضل فيما أظن إذا طال الزمان لا بد أن يتخلله يسر فيكون قد وجبت عليه القيمة. اهـ. قال هنا في كتاب القسمة: قوله: "أعتق الأب" ابن يونس عن ابن المواز: يريد عن نفسه لا عن الصبي. [الشيخ:[1975]] ولو كان عن الصبي لرد العتق لأنه أعتق ما لا يملك عن الغير، وقوله: "وعليه الثمن" أطلق الثمن على القيمة .اهـ. وقال في كتاب المكاتب: ووقت قيمته يوم أعتق، وقاله ابن يونس، ومنه قبله بأسطر: قال أبو محمد في كتاب الذب عن المذهب: الفرق بين عتق الوالد عبد ابنه الصغير عن نفسه وبين صدقته بماله وهبته للناس أن العتق أدخل به الأب على نفسه تملك شيء يتعجله وهو ملك الولاء وإنفاذه العتق عن نفسه فذلك تمليك منه لنفسه مال ولده، وله [أن[1976]] يملك مال ولده

الحديث

1972 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 وم26 ويحيى29 والشيخ56.

1973 *- في المطبوع التشفيع وما بين المعقوفين من م26 ويحيى29 وسيد12 والشيخ56.

1974 - في المطبوع محابى وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 وم26 ويحيى29 والشيخ56.

1975 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 وم26 ويحيى30 والشيخ56.

1976 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 وم27 ويحيى30 والشيخ57.

نص خليل وَإِنَّمَا يَحْكُمُ فِي الرُّشْدِ وَضِدِّهِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْحُبُسِ الْمُعَقَّبِ وَأَمْرِ الْغَائِبِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلاَءِ وَحَدٍّ وَقِصَاصٍ وَمَالِ يَتِيمٍ الْقُضَاةُ، وَإِنَّمَا يُبَاعُ عَقَارُهُ لِحَاجَةٍ.

متن الحطاب بالمعاوضة فأجزنا ذلك وألزمناه القيمة، وأما الهبة والصدقة فإنما أخرج ذلك من ملك ولده إلى ملك غير ولده بغير عوض لولده ولا لنفسه. اهـ. وذكره أيضا في كتاب الشفعة، وقال فيه [بعده:[1977]] الشيخ: ولو قيل فيه إنما جاز العتق ولزم لحرمته، بخلاف الهبة والصدقة لكان ذلك وجها. اهـ.

فرع: قال ابن يونس في كتاب المكاتب: قال في [كتاب[1978]] ابن المواز: وإنما يلزمه العتق إذا أعتق عبد ابنه الذي هو في ولايته وحجره، وأما الابن الكبير الخارج من ولايته فلا يجوز عتقه في عبده. اهـ. ونقله القرافي في كفاية اللبيب، وفي الذخيرة في كتاب المكاتب أيضا، وانظر كلام اللخمي في العتق [بالمثلة.[1979]]

فرع: قال ابن أبي زمنين في أواخر المنتخب: قال ابن مزين: قال أصبغ إن حلف رجل بعتق عبد ابنه الصغير أو السفيه أو الكبير وهو ذو مال فحنث فيهم أعتقوا عليه وضمن قيمتهم، وسواء حنث فيهم أو نذر عتقهم. اهـ.

ص: **وإنما يحكم في الرشد [وضده إلى قوله القضاة[1980]]** ش: ضد الرشد السفه، وتصوره واضح.

فرع: قال في وثائق الجزيري ولا يجدد السفه على ابنه الذكر البالغ إلا في فور بلوغه، فإن تراخى قليلا لم يجز إلا بإقامة الشهادة باتصال سفهه، فإن لم يقم بينة خرج من ولايته، ولا يدخل تحت الولاية إلا أن يثبت عند القاضي سفهه ويعذر إليه، فإن لم يكن مدفع ولى عليه أباه أو غيره ممن يراه. اهـ. فهذا يدل على أن السفيه إذا خرج من حجر والده ثم حصل له موجب السفه لا يعود النظر لوليه بل يعود للحاكم، ونحوه في ابن سلمون. قال: وكذلك يقدم القاضي على من فقد عقله [بجنون[1981]] أو غير ذلك، وعلى الشيخ إذا أنكر عقله على ذلك جمهور العلماء،ويقدم أيضا على من ظهر سفهه وإن كان كبيرا. قال ابن المواز عن ابن القاسم: وكذلك من انطلق من الولاية ثم ظهر منه سفه فإنه يقدم عليه ثانية، وفي المتيطية في الكلام على الوصايا والمحاجير نحو ذلك وأبسط منه. وقال [فيها[1982]] أيضا في الكلام على [إنكاح[1983]] من لا يملك نفسه إن حجر الأب لا يكون إلا بأحد

75 وجهين الأول أن يسفهه في حال/ الحلم أو قريب منه ويضرب على يديه، والآخر إذا غفل عنه حتى بعد عن سن الاحتلام وملك أمر نفسه فلا يكون تسفيهه إلا عند الإمام،وكذلك لو بلغ رشيدا ثم حدث به السفه فإنه يثبته عند القاضي، ويقدمه للنظر له إن رأى ذلك، وهو أحق بالتقدم عليه إذا كان

الحديث ....

[1977] - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 وم27 ويحيى30 والشيخ57.

[1978] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص74.

[1979] *- في المطبوع وم27 والمثلة وما بين المعقوفين من يحيى30 والشيخ57 وسيد13.

[1980] *- في المطبوع وضده القضاة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1981] - في المطبوع مجنون وم27 ويحيى30 وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 والشيخ57.

[1982] - في المطبوع وم27 فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 ويحيى30 والشيخ57.

[1983] - في المطبوع النكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 وم27 ويحيى30 والشيخ57.

نص خليل

أَوْ غِبْطَةٍ أَوْ لِكَوْنِهِ مُوَظَّفًا أَوْ حِصَّةً أَوْ قَلَّتْ غَلَّتُهُ فَيُسْتَبْدَلُ خِلاَفُهُ أَوْ بَيْنَ ذِمِّيِّين أَوْ جِيرَان سُوءٍ أَوْ لإِرَادَةِ شَرِيكِهِ بَيْعًا وَلاَ مَالَ لَهُ أَوْ لِخَشْيَةِ انْتِقَال الْعِمَارَةِ أَوِ الْخَرَابِ وَلاَ مَالَ لَهُ أَوْ لَهُ وَالْبَيْعُ أَوْلَى وَحُجِرَ عَلَى الرَّقِيقِ إلاَّ بِإِذْنٍ وَلَوْ فِي نَوْعٍ فَكَوَكِيلٍ مُفَوَّضٍ وَلَهُ أَنْ يَضَعَ.

متن الحطاب

من أهل النظر. اهـ. وتقدم في كلام المدونة عند قول المؤلف: "إلى حفظ مال ذي [الأب" ما[1984]] يفهم منه ذلك.

ص: **أو غبطة** ش: قال ابن عرفة: أو كثرة الثمن. قال ابن فتوح عن سحنون: ويكون مال المبتاع حلالا طيبا، ونقل عنه المتيطي: إن كان مثل عمر بن عبد العزيز.

قلت: الأخذ بظاهر هذا يوجب تعذره. قال عن أبي عمران: فإن علم الوصي أن المالك خبيث ضمن وإن لم يعلم فللابن إلزامه ثمنا حلالا أو تباع الدار عليه فيه، ولا ضمان على الوصي إن لم يعلم زاد في هذا الوجه ويرجو أن يعوض ما هو أفيد. اهـ.

ص: **وحجر على الرقيق إلا بإذن** ش: قال ابن عرفة: وكون الرق سببا في الحجر يوجب أصالته في كل ذي رق إلا ما ارتفع بإذن نصا كالمأذون له في التجارة أو لزوما كالمكاتب، ثم قال: وقول ابن شاس وابن الحاجب: "وللسيد الحجر على رقيقه" لفظ يوهم أصالة جواز فعله، وحمله على المأذون له بعيد لأنه ذكره بعد هذا، وصيغة الإذن ما دل عليه ولو ظاهرا، والفعل الدال كالقول. اهـ. وما أورده عليهما لا يرد على المصنف، وقوله: "الرقيق" شمل القن ومن فيه عقد حرية. قال ابن عرفة: اللخمي: المدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد كالقن، ووهم بعض الشيوخ شهود تونس في أوائل هذا القرن فشهدوا على بيعها لما [تقرر[1985]] من عدم إنصاف أكثر قضاتها من تقديم من لا يحسن الطلب فضلا عن الفقه لأهواء الله يعلمها. اهـ. وقوله: "إلا بإذن" قال المشذالي في حاشيته في أول كتاب المأذون: هنا سؤال وهو أن يقال الإذن يتقرر بما دل عليه، ولو قال أنت مأذون لك صح كأنت وصيي، ولو قال أنت وكيلي لم يصح حتى يذكر المتعلق، ولم يذكر ابن عرفة فرقا، وجزم بأنه يكون مأذونا له بقوله أنت مأذون لك، ثم ذكر المشذالي الفرق بين الوصية المطلقة والوكالة المطلقة، وقال في آخر كلامه: انظر التوضيح في الوكالة، وقال في التوضيح هنا عن المدونة: وإن أقعد ذا صنعة مثل قصارة ونحوها فلا يكون ذلك إذنا في التجارة ولا في المداينة، وكذا إن قال له أد إلي الغلة فليس بمأذون له في التجارة. اهـ. ونقله ابن عرفة.

تنبيه: هل يصدق العبد فيما ادعاه من الإذن، وهو الذي في كتاب الضحايا من المدونة، وظاهر سماع أشهب في كتاب المديان في رسم مسائل أنه لا يصدق.

76

ص: **ولو في نوع** ش: قال في التوضيح:/ وعلى المشهور؛ يعني أنه إذا خصه بنوع من أنواع التجارة أنه يلزمه في جميع أنواع التجارة، فقيد ذلك بعض الصقليين بأن لا يشهر ذلك ولا يعلنه، وأما إن أشهره فلا يلزمه. اهـ. ونقله عن ابن رشد في المقدمات، ونص كلامه في المقدمات في كتاب المأذون له

الحديث ....

[1984] - في المطبوع الاب لا وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص75 والشيخ57 ويحيى30.

[1985] - في المطبوع تقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 وم27 ويحيى30 والشيخ57.

نص خليل ....

متن الحطاب في التجارة: ولا يجوز له أن يتجر إلا أن يأذن له سيده في التجارة فإن أذن له فيها جاز أن يتجر بالدين والنقد، وإن لم يأذن له في التجارة بالدين ولزمه ما داين به في جميع أنواع التجارات، وإن لم يأذن له إلا في نوع واحد منها على مذهب ابن القاسم في المدونة؛ إذ لا فرق بين أن يحجر عليه في التجارة بالدين أو يحجر عليه في التجارة في نوع من الأنواع، وهو قول أصبغ في التحجير في الدين، وذهب سحنون إلى أنه ليس له أن يتجر بالدين إذا حجر عليه في التجارة به، وكذلك يلزم على قوله إذا حجر عليه التجارة في نوع من الأنواع إلا أن يشهر ذلك ويعلنه في الوجهين جميعا فلا يلزمه. قاله بعض شيوخ صقلية، وهو صحيح في المعنى قائم من المدونة والعتبية. اهـ. وقال في المدونة: لأنه لا يدري الناس لأي [أنواع[1986]] التجارة أقعده. قال في أول مسألة من سماع أصبغ من كتاب التفليس: لأنه قد نصبه للناس، وليس كل الناس يعلمون بعضا دون بعض.

قال ابن رشد في البيان: دليل قول أصبغ كالمدونة أنه لو أعلن وأشهر بقصر إذنه على شيء ثم اتجر في غيره لم يلزمه في ماله ما داين به ويدخل فيه اختلاف بالمعنى لأنه من باب التحجير، فعلى قولها لا يحجر على العبد إلا السلطان لم ينفعه الإعلان بقصر إذنه، ويأتي على قول سحنون للسيد أن يحجر على عبده أن الإشهار ينفعه. قال ابن عرفة بعد [نقل[1987]] ما تقدم: يرد تخريجه الأول بأنه لا يلزم من لغو الحجر على من ثبت الإذن فيه وعمل به لغيره الإذن فيما قارن إذنه قبل العمل فيه.

قال: وظاهر قول سحنون أنه [إن[1988]] حجر عليه الدين أن الغرماء لا حق لهم فيما بيده من مال أذن له في التجارة به وإن لم يعلموا بذلك. ثم قال: قلت: ففي لزوم تخصيص السيد تحجير عبده بنوع ولغوه فيعم، ثالثها إن [أعلن[1989]] بذلك لسحنون في سماع أصبغ وتخريج ابن رشد والسماع المذكور، ورابعها للخمي إن كان العبد يرى أنه لا يخالف ما حد [له وإلا[1990]] فالثاني. اهـ.

واحتج سحنون في السماع المذكور لما قاله بما نصه: ألا ترى أن السيد لو دفع للعبد قراضا أنه يصير بذلك مأذونا له، وحكم القراض لا يباع بالدين في الأحرار والعبيد، وكذلك الذي يشترط على عبده فهو ممنوع من البيع بالدين، فإذا باع به كان متعديا ولا يجوز على مولاه عداؤه. [قال[1991]] ابن رشد. ومسألة القراض التي احتج بها لا تلزم ابن القاسم الحجة بها؛ إذ يخالفه فيها ويقول إذا دفع إلى عبده قراضا فداين فيه الناس يكون فيه ديونهم إلا أن يعلموا أنه قراض فلا يكون لهم، وكذلك الحر إذا علم غرماؤه الذين عاملوه بالدين أنه قراض فلا شيء لهم واتبعوا ذمته، وإن لم يعلموا فيفترق الحر من العبد؛ لأن الحر يلزمه ضمان المال فيكون لصاحبه محاصة الغرماء فيه، والعبد لا يضمن لسيده فينفرد الغرماء إذا لم يعلموا بجميعه لأنه فرط حين لم يعلمهم. اهـ باختصار.

تنبيه: تقدم عند قول المصنف: "وللولي رد تصرف مميز" في التنبيه الخامس عشر من الرعيني وابن فرحون أنه لو طلب من سيد العبد اليمين بأنه لم يأذن له أنه لا يلزمه ذلك. والله أعلم.

الحديث ....

[1986] *- في المطبوع نوع وما بين المعقوفين من يحيى30 والشيخ58 وسيد14.

[1987] *- في يحيى31 وم27 نقله.

[1988] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م27 ويحيى31 وسيد13 والشيخ58.

[1989] - في المطبوع أعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص76 وم27 ويحيى31 والشيخ58.

[1990] *- في المطبوع حوله به وإلا وما بين المعقوفين من يحيى31 والشيخ58 وسيد14.

[1991] *- في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من يحيى31 وسيد14 والشيخ58.

نص خليل

وَيُؤَخِّرَ وَيُضِيفَ إن اسْتَألَفَ وَيَأخُذَ قِرَاضًا وَيَدْفَعَهُ وَيَتَصَرَّفَ فِي كَهِبَةٍ وَأقِيمَ مِنْهَا عَدَمُ مَنْعِهِ مِنْهَا وَلِغَيْرِ مَنْ أذِنَ لَهُ الْقَبُولُ بِلاَ إذْنٍ وَالْحَجْرُ عَلَيْهِ كَالْحُرِّ وَأخِذَ مِمَّا بِيَدِهِ وَإِن مُسْتَوْلَدَتَهُ كَعَطِيَّتِهِ وَهَلْ إن مُنِحَ لِلدَّيْنِ أوْ مُطْلَقًا تَأوِيلاَنِ لاَ غَلَّتِهِ وَرَقَبَتِهِ وَإِن لَّمْ يَكُنْ غَرِيمٌ فَكَغَيْرِهِ وَلاَ يُمَكَّنُ ذِمِّيٌّ مِّنْ تَجْرٍ فِي كَخَمْرٍ إن اتَّجَرَ لِسَيِّدِهِ وَإِلاَّ فَقَوْلاَنِ وَعَلَى مَرِيضٍ حَكَمَ الطِّبُّ بِكَثْرَةِ الْمَوْتِ بِهِ كَسِلٍّ وَقُولَنْجٍ وَحُمَّى قَوِيَّةٍ وَحَامِلِ سِتَّةٍ وَمَحْبُوسٍ لِقَتْلٍ أوْ لِقَطْعٍ إنْ خِيفَ الْمَوْتُ وَحَاضِرِ صَفِّ الْقِتَالِ لاَ كَجَرَبٍ وَمُلَجِّجٍ بِبَحْرٍ وَلَوْ حَصَلَ الْهَوْلُ فِي غَيْرِ مُؤنَتِهِ وَتَدَاوِيهِ وَمُعَاوَضَةٍ مَّالِيَّةٍ وَوُقِفَ تَبَرُّعُهُ إلاَّ لِمَالٍ مَّأمُونٍ وَهُوَ الْعَقَارُ فَإِن مَّاتَ فَمِنَ الثلثِ وَإِلاَّ مَضَى.

متن الحطاب

ص: ويؤخر ش: هذا هو المشهور، ومنعه سحنون لأنه إن كان من غير فائدة فواضح، وإلا فهو سلف جر نفعا. قال في التوضيح: وأجيب باختيار القسم الثاني ولا يلزم عليه المنع لأنها منفعة غير محققة وأيضا فإنه منقوض بالحر، فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلبا لمحمدة الثناء. والله أعلم.

77 ص: ولغير من أذن له القبول ش: تصوره واضح./

مسألة: من تصدق على محجور بمال وشرط في صدقته أن يترك بيد المحجور ولا يحجر عليه فيه فذلك له على المشهور، واعترض بعضهم هذا وضعفه بقوله تعالى: ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ قاله ابن الفرس في أحكام القرآن في سورة النساء. وقال المشذالي في حاشية المدونة: لو وهب هبة لصغير أو يتيم، وشرط أن تكون يده مطلقة عليها وأنه لا نظر لوصيه فيها فعلى ذلك الشرط. اهـ من كتاب الهبة.

ص: لا غلته ش: [قال في[1992]] التوضيح: قال فيها: وما وهب للمأذون وقد اغترقه دين فغرماؤه أحق به من سيده، ولا يكون للغرماء من عمل يده شيء ولا من خراجه وإنما ذلك في مال وهب للعبد أو تصدق به عليه أو أوصي له به فقبله العبد. اهـ. وقال ابن رشد في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الحمالة بعد أن ذكر لفظ المدونة: معناه عندي في العبد الذي لم يؤذن له في التجارة وفيما لزم ذمته مما ليس للسيد أن يسقطه عنه، وأما المأذون له في التجارة فيكون ما لزم ذمته فيما بقي بيده من عمله بعد خراجه إن كان سيده استعمله بخراج معلوم فيؤديه إليه. اهـ. ونقله ابن عرفة وقبله

78 غير أنه عزاه لسماع عيسى وليس/ فيه فتأمله.

فرع: وليس للسيد أن يسقط عن المأذون له في التجارة الدين الذي في ذمته ولا عن غير المأذون له الدين الذي أذن له فيه. قاله في المسألة المذكورة في الرسم المذكور. والله أعلم.

ص: وعلى مريض حكم الطب بكثرة الموت به ش: قال في المسائل الملقوطة: ويرجع إلى معرفة الطبيب بأن الهلاك به كثير. اهـ.

تنبيه: انظر من تصرف زمن الطاعون لم أر فيه الآن نصا، والظاهر أنه لا حجر عليه إلا أن يصيبه الطاعون.

ص: كسل ش: قال في التوضيح: السل بكسر السين. اهـ.

ص: وقولنج ش: قال في تهذيب الأسماء واللغات: بضم القاف وسكون الواو وفتح اللام، ويقال فيه قولون وليس بعربي. اهـ.

ص: ومعاوضة مالية ش: وأما رهنه إذا كان مدينا وقضاؤه لبعض غرمائه ففيه خلاف تقدم الكلام عليه في أول باب التفليس.

الحديث ....

1992 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى31 وسيد14 والشيخ59.

نص خليل
وَعَلَى الزَّوْجَةِ لِزَوْجِهَا وَلَوْ عَبْدًا فِي تَبَرُّعٍ زَادَ عَلَى ثُلُثِهَا وَإِنْ بِكَفَالَةٍ وَفِي إِقْرَاضِهَا قَوْلَانِ وَهْوَ جَائِزٌ حَتَّى يُرَدَّ فَمَضَى إِن لَّمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَأَيَّمَتْ أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا كَعِتْقِ الْعَبْدِ وَوَفَاءِ الدَّيْنِ وَلَهُ رَدُّ الْجَمِيعِ إِنْ تَبَرَّعَتْ بِزَائِدٍ وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ الثلثِ تَبَرُّعٌ إِلاَّ أَنْ يَبْعُدَ. **باب الصُّلْحُ.**

متن الحطاب

ص: **وعلى الزوجة [لزوجها**[1993]**]** ش: تقدم في فصل الصداق عند قول المصنف: "وإن صدقته ففي ثلثها" عن القرافي في الذخيرة/ عن النوادر عن عبد الملك أنها إذا أقرت المرأة في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكذبها، فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ، وبمعنى العطية رد إلى الثلث. والله أعلم.

79

ص: **كعتق العبد** ش: قال في كتاب الكفالة من المدونة: ولا يجوز لعبد ولا مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد كفالة ولا عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا بغير إذنه لم يجز إن رده السيد، فإن رده لم يلزمهم وإن أعتقوا، وإن لم يرده حتى عتقوا لزمهم ذلك، علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم. اهـ. وقال في كتاب المأذون له في التجارة من المقدمات: ولا يجوز له في ماله معروف إلا ما جر إلى التجارة، فأما هبته وصدقته وعتقه فموقوف على إجازة السيد أورده، فإن لم يعلم بذلك حتى يعتق مضى ولزم ذلك العبد ولم يكن للسيد أن يرده. انتهى.

ص: **باب الصلح** ش : قال في التوضيح: قال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة [والاصطلاح[1994]] قطع المنازعة، وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد؛ يقال صالحته مصالحة وصلاحا بكسر الصاد، وذكره الجوهري وغيره، والصلح يذكر ويؤنث. اهـ. وقال ابن عرفة: الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه، وقول ابن رشد: "هو قبض الشيء عن عوض" يدخل فيه محض البيع، وقول عياض: هو "معاوضة عن دعوى" يخرج عنه صلح الإقرار .اهـ.

[**قلت:**[1995]] وقد يقال إن حده غير جامع لأنه لا يدخل فيه الصلح على بعض الحق المقر به. فتأمله.

فائدة: قال في المقدمات: روي أن كعب بن مالك تقاضى من [ابن[1996]] أبي حدرد دينا له عليه في عهد النبي صلى الله عليه/ وسلم في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج حتى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالك فقال: يا كعب فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر، فقال كعب: قد فعلت. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {قم فاقضه[1]} وهذا الحديث أصل لما [تلهج[1997]] به العامة من قولها: خير الصلح الشطر، ولا صلح إلا بوزن. اهـ. قال ابن عرفة: وهو أي الصلح من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحة وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحته كما مر في النكاح للخمي وغيره.

80

الحديث

1- البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، دار الفجر للتراث، رقم الحديث 471.

[1993] *- في يحيى31 لزوجها قال في آخر كتاب الحجر من الذخيرة فرع قال في النوادر قال عبد الملك الخ.

[1994] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص79 وم28 ويحيى31.

[1995] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص79 وم28 ويحيى31 والشيخ60.

[1996] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد13 والشيخ60.

[1997] - في المطبوع صرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص80 وم28 ويحيى31 والشيخ60.

نص خليل عَلَى غَيْرِ الْمُدَّعَى بَيْعٌ.

متن الحطاب ابن رشد: لا بأس بندب القاضي الخصمين إليه ما لم يتبين له الحق لأحدهما؛ لقول عمر لأبي موسى [و[1998]]احرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء، وقيل في بعض المذاكرات لا بأس به بعد [التبيين[1999]] إن كان [لرفق[2000]] بالضعيف منهما كالندب لصدقة عليه ورد بأنه يوهم ثبوت الحق على من له الحق أو سقوطه له بخلاف الصدقة. ابن رشد: إن أباه أحدهما فلا يلح عليهما إلحاحا يوهم الإلزام. قلت: ونقل عن بعض قضاة طرابلس جبره عليه فعزل. اهـ.

ص: **على غير المدعى بيع** ش: قال ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والخمسين: والصلح بيع من البيوع إن وقع على الإقرار، وكذا إن وقع على الإنكار عند مالك لاشتراطه فيه ما يشترط في البيع. اهـ. وقاله فيها أيضا: ويشترط في المصالح والمصالح أهلية المعاملة. اهـ.

تنبيه: يجوز الصلح على المجهول إذا [جهلا[2001]] القدر المصالح عليه ولم يقدرا على الوصول إلى معرفته، وأما إذا قدرا على الوصول إلى المعرفة فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة بذلك. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقا في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعا جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، وإن لم يسم بطل الصلح ولا شفعة فيه، والزوجة إن صالحت الورثة على ميراثها، فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة جاز الصلح، وإن لم يعرفوه لم يجز. اهـ.

قال الشيخ أبو الحسن إثر كلام المدونة: انظر قال هنا إن جهلاه جميعا جاز، وتقدم في مسألة الحميل قال لا يجوز حتى يعلما ما على المطلوب. وفي كتاب القسمة قال: من باع من رجل موروثه من هذه الدار فإن عرفا جميعا مبلغه جاز، وقال في كتاب الصلح: ومن لك عليه دراهم نسيتما مبلغها جاز أن تصالحا على ما شئتما من ذهب أو ورق، فمسألة كتاب الصلح ومسألة من ادعى حقا في دار مخالفة لهذه النظائر ومثل مسألة بيع الصبرة لا يعرفان كيلها، ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر إن جهلا معا صفة الأرض جاز، وحاصله أن كل موضع يقدران على الوصول إلى المعرفة بذلك فلا يجوز الصلح إلا بعد المعرفة به، وكل موضع لا يقدران على الوصول إلى المعرفة بذلك فالصلح جائز على معنى التحلل إذ هو أكثر المقدور، وقوله: والزوجة إذا صالحت الورثة على ميراثها، فإن عرفت هي و[جميع[2002]] الورثة مبلغ التركة جاز الصلح، وإن لم يعرفوه لم يجز؛ لأنهم قادرون على الوصول إلى المعرفة. اهـ. ونحوه لابن ناجي، ونصه إثر كلام المدونة المتقدم: قوله: ومن ادعى حقا في دار بيد رجل الخ وعرفاه جميعا.

قلت: قال فضل: إنما يجوز إذا جهلاه لأنه على وجه التحلل، ومثله مسألة الصلح على دراهم لا يعرفان عددها ومثله بيع الصبرة لا يعرفان كيلها، ومثله لابن القاسم في المتجاعلين على حفر بئر إن

الحديث ....

1998 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص80 وم28 ويحيى32 والشيخ60.

1999 - في المطبوع البينتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص80 وم28 ويحيى32 والشيخ60.

2000 *- في المطبوع أرفق وما بين المعقوفين من م28 ويحيى32 وسيد13 والشيخ60.

2001 - في المطبوع جهل ويحيى32 وما بين المعقوفين من ن ذي ص80 وم28 والشيخ60.

2002 - ساقطة من المطبوع وم28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص80 ويحيى32 والشيخ61.

نص خليل أَوْ إجَارَةٌ وَعَلَى بَعْضِهِ هِبَةٌ.

متن الحطاب جهلا جميعا الأرض جاز، قيل ولا يعارض ما ذكره [بقولها[2003]] أول مسألة من كتاب القسم: قال مالك: ومن باع من رجل موروثه من هذه الدار فإن عرفا مبلغه جاز، وإن جهله أحدهما أو كلاهما لم يجز، والفرق أن بيع الميراث اختياري يقدران على رفع الغرر منها ويتوصلان إلى معرفة النصيب وما هنا مع ما نظره به لا يقدران على رفع الغرر فصارت صورة ضرورة فيتحلل منه، وقوله: "والزوجة إذا/ صالحت الورثة" الخ أتى بها في الأم على وجه الدليل، ووجه ذلك أنهم يقدرون على تصوره [جائزا[2004]] بالوصول إلى معرفة كل واحد. اهـ.

81

وقال في التوضيح: [يعتبر[2005]] [فيه[2006]] معرفة ما يصالح عنه فإن كان مجهولا لم يجز، ولذلك شرط في المدونة في صلح الولد للزوجة عن إرثها معرفتها لجميع التركة وحضور أصنافها وحضور من عليه [العرض[2007]] وإقراره، وإلا لم يجز. اهـ. ونحوه في الشامل، فيقيد قولهما: "فإن كان مجهولا" بما إذا لم يجهلاه جميعا ليوافق كلامهما ما في المدونة، وبأنهما لم يقدرا على الوصول إلى معرفة ذلك ليوافق ما تقدم فتأمله. والله أعلم.

فرع: فإن صالح على عبد ادعي عليه أنه سرقه ثم ظهر العبد فلا رجوع لصاحبه فيه، وليس للمدعى عليه أيضا رده إن وجد معيبا إلا أن يقر المدعي أن المدعى عليه ما سرق عبده، وأنه ادعى عليه باطلا. قاله في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح. قال في الكافي في الصانع تضيع عنده السلعة ويغرم قيمتها ثم توجد إنها للصانع: وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكره فصالحه على شيء ثم وجد العبد. قال ابن رشد في سماع يحيى: هو للمدعى عليه ولا ينقض الصلح معيبا كان أو صحيحا إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه، وفي التهذيب في المكتري يتعدى في الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم [توجد:[2008]] هي للمكتري. اهـ من المسائل الملقوطة. وما ذكره عن سماع يحيى هو في الرسم المذكور، ومسألة التهذيب في كتاب الشفعة.

تنبيه: صلح الفضولي جائز. قال ابن فرحون في تبصرته: ويجوز للرجل أن يصالح عن غيره بوكالة أو بغير وكالة، وذلك مثل أن يصالح رجل رجلا على دين له على رجل ويلزم المصالح ما صالح به. اهـ. وقاله في المدونة في باب الصلح، ونصه: ومن قال لرجل هلم أصالحك من دينك الذي [لك[2009]] على فلان بكذا ففعل، أو أتى رجل رجلا فصالحه على امرأته بشيء مسمى لزم الزوج الصلح، ولزم المصالح ما صالح به وإن لم يقل أنا ضامن لأنه إنما قضى عن الذي عليه الحق. اهـ.

ص: أو إجارة ش: لم يتكلم الشارح على هذه القولة، وقال ابن غازي: مثاله أن يدعي على رجل شيئا معينا فيصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد أو ما أشبه ذلك إلى أجل معلوم، وقد أبعد من

الحديث ....

[2003] – في المطبوع بقولنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص80 وم29 ويحيى32 والشيخ61.

[2004] *– في المطبوع حائزا وما بين المعقوفين من يحيى32 وفي سيد15 على التصرف جائزا.

[2005] *– في م30 وسيد14 والشيخ61 ويعتبر.

[2006] *– في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م30 ويحيى29 وسيد14 والشيخ61.

[2007] – في المطبوع الأرض وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الذي في يحيى32 ونقل المواق عن المدونة (العرض) وفي مطبوعة التهذيب ج3 ص317 العروض.

[2008] – في المطبوع يوجد وما بين المعقوفين من ن ذي ص81 وم29 ويحيى32 وسيد14 والشيخ61.

[2009] *– ساقطة من المطبوع وم29 وقد وردت في يحيى32 وسيد14 والشيخ61 والتهذيب336.

نص خليل وَجَازَ عَنْ دَيْنٍ بِمَا يُبَاعُ بِهِ وَعَنْ ذَهَبٍ بِوَرِقٍ وَعَكْسِهِ إنْ حَلاَ وَعُجِلَ كَمِائَةِ دِينَارٍ وَدِرْهَمٍ عَنْ مِائَتَيْهِمَا وَعَلَى الافْتِدَاءِ مِنْ يَمِينٍ.

متن الحطاب ضبطه إجازة بالزاي المعجمة. اهـ. وقال في الذخيرة: الصلح في الأموال ونحوها دائر بين خمسة أمور: البيع إن كانت المعاوضة فيه عن أعيان، والصرف إن كان أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كانت عن منافع، ودفع الخصومة إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير إلحاح، فمتى [تعين[2010]] أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروطه؛ لقوله عليه السلام: {الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا[1]}. اهـ. قال في التوضيح: رواه الترمذي وحسنه، وعزاه غيره لابن حبان. قال المازري: فأما تحليل الصلح للحرام [فمن[2011]] أمثلته كمن صالح على دار ادعاها بخمر أو خنزير أو غير ذلك مما لا تجوز المعاوضة به، وأما قوله: "أو حرم حلالا" فمن أمثلته أن يصالح عن هذه الدار التي ادعاها على أمة بشرط أن لا يطأها أو بثوب بشرط أن لا يلبسه أو لا يبيعه إلى غير ذلك من وجوه التحجير المنوعة مع ما يدخل في هذا المعنى من تحريم المحلل. اهـ من أول شرح كتاب الصلح من التلقين.

ص: وجاز عن دين بما يباع به ش: هذا إذا كان المأخوذ من غير الجنس، وأما إذا أخذ عن دين من جنسه فإنه يجوز/ أن يأخذ عنه أقل منه، ولا يجوز بيعه بأقل من جنسه. 82

ص: كمائة دينار ودرهم عن [مائتيهما[2012]] ش: هذه مسألة المدونة. قال أبو الحسن عن ابن يونس: وسواء أخذ منه الدرهم نقدا أو أخذ منه المائة دينار نقدا أو أخره بها لأنه لا مبايعة هنا وإنما هو قضاء وحطيطة فلا تهمة في ذلك، ولو كانت المائة الدينار أو المائة الدرهم لم تحل لم يجز لأنه ضع وتعجل. اهـ.

ص: وعلى الافتداء من يمين ش: يعني أن الصلح يجوز على أن يفتدي الشخص من يمين لزمته بالشيء المصالح به [وتنكيره[2013]] ليمين هو نحو قوله في كتاب النذور من المدونة: ومن لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز ذلك. اهـ. وظاهر ذلك الإطلاق، سواء كان يعلم براءته أم لا، وهو ظاهر كلام أبي الحسن، فإنه قال في شرح كلام المدونة المتقدم [هنا:[2014]] لا يقال أطعمه ماله بالباطل لأنه يقول دفعت عني الظلم، والأصل في هذا أن الصحابة رضي الله عنهم منهم من افتدى ومنهم من حلف. اهـ. وجعل الشارح ما ذكره في التوضيح عن ابن شهاب من أنه إذا علم براءته ولم يحلف وافتدى أنه آثم تقييدا، وجزم به في شامله، وهو غير ظاهر، ولم أر شيئا يعارض هذا الإطلاق بل رأيت ما يقويه. قال ابن عرفة في كتاب الاستحقاق: وحكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في الربع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع لأن الحلف مشقة. اهـ. وفي مسائل الأقضية والشهادات من البرزلي أن من قام له شاهد على حق، واحتفت به قرائن يحصل له العلم بقول الشاهد فله أن يحلف ويستحق،

الحديث 1- الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما، الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، رقم الحديث1352.
- الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، ابن حبان في صحيحه، كتاب الصلح، رقم الحديث5069.

2010 - في المطبوع تعينت وما بين المعقوفين من يحيى32 والشيخ61 وسيد15.

2011 *- في شرح التلقين للمازري، ج3 ص1058 فتبيين أمثلته.

2012 - في المطبوع مثلهما وم29 ويحيى32 والشيخ62 وما بين المعقوفين من ن عدود ص82.

2013 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 وم29 ويحيى33 والشيخ62.

2014 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص82.

نص خليل أَوْ السُّكُوتِ أَوِ الإِنْكَارِ إِنْ جَازَ عَلَى دَعْوَى كُلٍّ وَعَلَى ظَاهِرِ الْحُكْمِ وَلاَ يَحِلُّ لِلظَّالِمِ.

متن الحطاب ولو ترك الحلف والحالة هذه فليس من إضاعة المال. اهـ. و[في[2015]] مسائل البيوع منه: الشعبي عن ابن الفخار: لا يجوز صلح الوصي عن الأيتام في يمين القضاء حتى يرى العزيمة من المصالح على أنه يحلف، وإن ظهر [له أن[2016]] الغريم لا يحلف فلا يصالح لذلك لعله لا يحلف وتعرف عزيمته وعدمها بقرائن الأحوال والإشارات والكلام ونحو ذلك. اهـ. وفي مسائل الصلح والمعاوضة والرهون من نوازل ابن رشد سأله القاضي عياض عن المصالحة عن الغائب هل أجازها أحد؟ فقال: رأيت/ لبعض من لا يعتد به من الموثقين إذا شهد فيها بالسداد للغائب مثل أن يثبت عليه حق فيلزم مثبته يمين الاستبراء فيدعو إلى المصالحة عنها بما يشهد [فيه[2017]] بالسداد، [والفرق[2018]] بينه وبين المحجور الذي يتفق على جواز الصلح عنه بَيِّن؛ إذ المصالحة مبايعة ومعاوضة وذلك سائغ للمحجور دون الغائب؟ الجواب: تصفحت سؤالك هذا أعزك الله بطاعته ووقفت عليه، ولا يجوز لوكيل الغائب المصالحة عليه إذا لم يفوض ذلك إليه، هذا هو المنصوص عليه في الروايات على علمك، ومن خالف ذلك برأيه من الموثقين فقد أخطأ، ومصالحة الوصي على المحجور عليه بخلاف ذلك كما ذكرت. وبالله التوفيق.

83

وقال صاحب المقصد المحمود في تلخيص العقود في الكلام على بيع صاحب المواريث: وذكر إذا كان في الورثة زوجة لها كالئ أنها تأخذه بعد ثبوته [وحلفها[2019]] يمين القضاء. ثم قال: وإن كانت قد صالحت الزوجة على إسقاط يمين القضاء. قلت: بعد قولك وأمر [بيمينها[2020]] في ذلك واصطلحت فلانة مع فلان صاحب المواريث والموصى له والوارثين المذكورين على إسقاط يمين القضاء بإسقاطها النصف الكالىء أو ثلثه [أو[2021]] كذا صلحا صحيحا ثبت عند القاضي السداد والنظر [فيه[2022]] لجماعة المسلمين. اهـ.

ص: **أو السكوت** ش: قال في التوضيح: قال ابن محرز: وإن وقع [الصلح[2023]] على السكوت فيعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار، ويعتبر فيه على مذهب مالك الوجوه الثلاثة التي بيناها [في الإنكار.[2024]] اهـ.

قلت: إذا اعتبر فيه الوجوه الثلاثة التي في الإنكار فقد اعتبر فيه حكم المعاوضة فلا يحتاج إلى قوله: "يعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار" كما يظهر ذلك بأدنى تأمل، اللهم إلا أن يريد أن حكم المعاوضة معتبر فيه على كل قول، ويزيد على مذهب مالك باعتبار الوجوه الثلاثة. والله أعلم.

الحديث ....

2015 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 وم29 ويحيى33.

2016 – في المطبوع وم29 ويحيى33 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص82.

2017 – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم29 ويحيى33 والشيخ62.

2018 *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في ذي ص83 وسيد14 والشيخ62 ويحيى33 وم29.

2019 – في المطبوع وجعلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم29 ويحيى33 والشيخ62.

2020 – في المطبوع بيمنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم29 ويحيى33 (والشيخ62 يمينها).

2021 – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 ويحيى33 والشيخ62 وم28.

2022 – ساقطة من المطبوع وم29 وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 ويحيى33 والشيخ62.

2023 *– في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من م29 ويحيى33 والشيخ62 وأقره الشيخ محمد سالم.

2024 – في المطبوع وم29 أول وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 ويحيى33 والشيخ62.

نص خليل فَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَهُ أَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَة لَمْ يَعْلَمْهَا أَوْ أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ أَنَّهُ يَقُومُ بهَا أو وجَدَ وَثِيقَتَهُ بَعْدَهُ فَلَهُ نَقْضُهُ.

متن الحطاب ص: **فلو أقر بعده** ش: يعني إذا صالح على الإنكار ثم أقر المنكر بعد الصلح فللمدعي نقض الصلح. قال ابن الحاجب: لأنه مغلوب. قال في التوضيح: لأنه كالمحجور عليه، ودل قوله: "فله نقضه" على أن له إمضاءه، ونص سحنون على ذلك. اهـ. وفي نوازل سحنون من كتاب الكفالة: مسألة: مما ينقض فيه الصلح، ونصها: وسئل [عيسى بن دينار[2025]] عن الحميل ينكر الحمالة والمتحمل عنه غائب فيصالحه المتحمل له ببعض الحق، ثم [يقدم[2026]] المتحمل عنه أيرجع المتحمل له ببقية الحق، أو لا يكون له شيء لرضاه بالصلح؟ قال: بل يرجع فيأخذ ما نقص من حقه ويدفع المتحمل عنه إلى الحميل ما صالح به عن نفسه.

قال ابن رشد: حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون أنه لا يرجع عليه ببقية حقه إلا بعد يمينه بالله أنه ما صالح الغريم رضى بالصلح من جميع حقه، إلا أن يكون أشهد أنه إنما صالح الحميل لإنكاره الحمالة، وأنه على حقه على الغريم فلا يكون عليه يمين واليمين يمين تهمة فيجري الأمر في ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، إلا أن يحقق عليه الغريم/ الدعوى فيحلف قولا واحدا. اهـ. 84

فرع: إذا كان الصلح حراما أو مكروها فذكر في التوضيح عن اللخمي ثلاثة أقوال، ونصه: اللخمي: واختلف في الصلح الحرام أو المكروه فقال مطرف في كتاب ابن حبيب إن كان الصلح حراما صراحا فسخ أبدا، فيرد إن كان قائما والقيمة إن كان فائتا، وإن كان من الأشياء المكروهة مضى، وقال ابن الماجشون: إن كان حراما فسخ أبدا، وإن كان مكروها فسخ بحدثان وقوعه، فإن طال أمده مضى، وقال أصبغ يجوز حرامه ومكروهه وإن كان بحدثان وقوعه. خليل: لعل المراد بالحرام المتفق على تحريمه وبالمكروه المختلف فيه. اهـ. وما ذكره عن أصبغ من عدم الفسخ مخالف لما ذكره فوقه عن ابن رشد من الاتفاق على فسخه، ونصه: فلو ادعى على رجل دراهم وطعاما من بيع فاعترف البائع بالطعام وأنكر الدراهم فصالحه على طعام مؤجل أكثر من طعامه أو اعترف له بالدراهم وصالحه على دنانير مؤجلة أو دراهم أكثر من دراهمه فحكى ابن رشد الاتفاق على فساده وفسخه؛ لما في ذلك من السلف بزيادة والصرف المؤخر. اهـ. فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: وأما إذا [انعقد الصلح على وجه جائز فقال [عبد الحق[2027]] إذا[2028]] وقع الصلح على وجه جائز [وأرادا[2029]] نقضه والرجوع إلى الخصومة لم يجز ذلك لما فيه من الانتقال عن المعلوم إلى [المجهول.[2030]] اهـ من شرح الرسالة للقلشاني.

ص: **أو وجد وثيقة بعده** ش: يريد وقد ذكر ضياعها عند صلحه كما قاله في التوضيح.

الحديث ....

[2025] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم29 ويحيى33 والشيخ63.

[2026] – في المطبوع يقوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم29 ويحيى33 والشيخ63.

[2027] *– في المطبوع عبد الملك وما بين المعقوفين من يحيى33 والشيخ63 وم30 والقلشاني ص331.

[2028] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص84 وم30 ويحيى33 والشيخ63.

[2029] *– في المطبوع أراد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى33 والشيخ63 وسيد14.

[2030] *- في المطبوع مجهول وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في القلشاني مخطوط 330.

نص خليل

كَمَن لَّمْ يُعْلِنْ أَوْ يُقِرُّ سِرًّا فَقَطْ عَلَى الأَحْسَنِ فِيهِمَا لاَ إِنْ عَلِمَ بِبَيِّنَتِهِ وَلَمْ يُشْهِدْ أَوْ ادَّعَى ضَيَاعَ الصَّكِّ فَقِيلَ لَهُ حَقُّكَ ثَابِتٌ فَأْتِ بِهِ فَصَالَحَ ثُمَّ وَجَدَهُ وَعَنْ إِرْثِ زَوْجَةٍ مِّنْ عَرْضٍ وَوَرِق وَذَهَبٍ بِذَهَبٍ مِّنَ التَّرِكَةِ قَدْرَ مَوْرِثِهَا مِنْهُ فَأَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ إِنْ قَلَّتِ الدَّرَاهِمُ لاَ مِنْ غَيْرِهَا مُطْلَقًا إِلاَّ بِعَرْضٍ إِنْ عَرَفَ جَمِيعَهَا وَحَضَرَ وَأَقَرَّ الْمَدِينُ وَحَضَرَ وَعَنْ دَرَاهِمَ وَعَرْضٍ تُرِكَا بِذَهَبٍ كَبَيْعٍ وَصَرْفٍ وَإِنْ كَانَ فِيهَا دَيْنٌ فَكَبَيْعِهِ وَعَنِ الْعَمْدِ بِمَا قَلَّ وَكَثُرَ لاَ غَرَر كَرِطْلٍ مِّنْ شَاةٍ وَلِذِي دَيْنٍ مَنْعُهُ مِنْهُ وَإِنْ رُدَّ مُقَوَّمٌ بِعَيْبٍ أَوِ اسْتُحِقَّ.

متن الحطاب

ص: **كمن لم يعلن أو يقر سرا** ش: تصوره ظاهر.

تنبيه: إذا أشهد في عقد الصلح أنه أسقط الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء وكان أشهد أنه إن فعل ذلك فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك، فنقل ابن راشد في اللباب في كتاب الصلح أن ذلك ينفعه، والذي نقله ابن عرفة عن المتيطي أنه لا ينفعه، ونقل ابن غازي كلام ابن عرفة هنا، ونقل عن ابن رشد في البيان نحوه، وذكر ابن فرحون في الباب الخامس والثلاثين من التبصرة في ذلك خلافا فانظره./ 85

ص: **وعن إرث زوجة من عرض الخ** ش: كذا فرضها في المدونة في مصالحة الزوجة فقال أبو الحسن هذا باب صلح أحد الورثة، وذكر هنا صلح الزوجة وإن كان قد تصالح البنت وغيرها من الورثة، وإنما ذكر الزوجة لأنها في الغالب [هي[2031]] التي تصالح لأن رابطتها بالسبب وغيرها بالنسب، ومسألة مصالحة أحد الورثة مشكلة لأنها يعتبر فيها الفساد من جهتي الربا والغرر وله طرق. اهـ.

ص: **إن عرفا جميعها** ش: هذا نحو قول المدونة المتقدم: فإن عرفت هي وجميع الورثة مبلغ التركة. قال ابن ناجي في شرح المدونة: وظاهر قولها: "مبلغ التركة" يتناول أنهم لو اتفقوا على أنهم اطلعوا على جميع التركة، ولم ينصوا عليها بالتسمية أنه كاف، وأفتى شيخنا رحمه الله غير ما مرة بعدم الجواز إلا مع التسمية وهو بعيد. اهـ.

ص: **لا غرر** ش: لما ذكر أن دم العمد يجوز الصلح عنه بما قل أو كثر نبه على أنه لا يجوز الصلح عنه بما فيه غرر، وهذا مذهب ابن القاسم في المدونة خلافا لابن نافع. قال في كتاب الصلح منها: ولا يجوز الصلح من جناية عمد على ثمرة لم يبد صلاحها، فإن وقع ذلك ارتفع القصاص ومضى بالدية؛ كما لو وقع النكاح بذلك وفات بالبناء قضي بصداق المثل، وقال غيره يمضي ذلك إذا وقع وهو بالخلع أشبه؛ لأنه أرسل من يده بالغرر ما كان له أن يرسله بغير عوض وليس كمن أخذ بضعا ودفع فيه غررا. اهـ. قال أبو الحسن: الغير هنا ابن نافع، وقوله: "عمدا" ليس بشرط وكذلك الخطأ، وإنما ذكر العمد لئلا يتوهم أنه غير مال فيجوز فيه الغرر من الآبق والشارد والجنين وما في معناها، واعترض على تعليل ابن نافع بأنه يلزمه في سائر التصرفات؛ لأنه يجوز له أن يهب متاعه بلا عوض. اهـ بالمعنى. وحمل كلام المصنف على أنه أراد أن من ادعى دينا لا يجوز أن يصالح [عنه[2032]] بغرر ليس فيه كبير فائدة؛ لأن ذلك معلوم من قوله أول الباب أن ذلك بيع.

ص: **[كرطل[2033]] من شاة** ش: قال الشارح: وظاهر كلام الشيخ سواء كانت الشاة حية أو

الحديث

....

2031 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى33 وسيد35 والشيخ63.

2032 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص85 وم30 ويحيى34 والشيخ64.

2033 – في المطبوع ورطل وما بين المعقوفين من ن عدود ص85 وم30 ويحيى34 والشيخ64.

نص خليل

رُجِعَ بِقِيمَتِهِ كَنِكَاحٍ وَخُلْعٍ وَإِنْ قَتَلَ جَمَاعَةً أَوْ قَطَعُوا جَازَ صُلْحُ كُلٍّ وَالْعَفْوُ عَنْهُ وَإِنْ صَالَحَ مَقْطُوعٌ ثُمَّ نُزِيَ فَمَاتَ فَلِلْوَلِيِّ لاَ لَهُ رَدُّهُ وَالْقَتْلُ بِقَسَامَةٍ كَأَخْذِهِمِ الدِّيَةَ فِي الْخَطَإِ وَإِنْ وَجَبَ لِمَرِيضٍ عَلَى رَجُلٍ جَرْحٌ عَمْدًا فَصَالَحَ فِي مَرَضِهِ بِأَرْشِهِ أَوْ غَيْرِهِ ثُمَّ مَاتَ مِن مَرَضِهِ جَازَ وَلَزِمَ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ صَالَحَ عَلَيْهِ لاَ مَا يَؤُولُ إِلَيْهِ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب

86 مذبوحة، وظاهر كلام المدونة يخالفه لتقييده المنع بما إذا كانت حية. اهـ. وتبع في/ الشامل ما في المختصر وهو صواب، وقد قال المشذالي في حاشية المدونة: قوله -يعني في [المدونة-:[2034]] حية لا مفهوم له لمنعه بيعها قبل السلخ في التجارة والإجارة. اهـ. وأصله للشيخ أبي الحسن، ونصه: انظر قوله: "حية" مفهومه لو كانت بعد الذبح جاز، وليس كذلك. قال في التجارة إلى أرض الحرب: وأما شراء لحم هذه الشاة مطلقا فلا يجوز لأنها في ضمان البائع، وقال أيضا: لا يجوز أن [يبيعه[2035]] رطلين من لحم شاة قبل ذبحها وسلخها. وقال في الجعل: ولا يجوز أن تبيع لحم شاة حية أو مذبوحة أو لحم بعير كل رطل بكذا من حاضر أو مسافر. اهـ.

ص: **ورجع بقيمته** ش: والقيمة يوم الصلح. قاله أبو الحسن الصغير.

ص: **وإن صالح مقطوع ثم نزى فمات إلى قوله الدية في الخطإ** ش: قال في كتاب الصلح من المدونة: ومن قطعت يده عمدا فصالح القاطع على مال أخذه ثم نزى فيها فمات فللأولياء أن يقسموا ويقتلوا ويرد المال ويبطل الصلح، وإن أبوا أن يقسموا كان لهم المال الذي أخذوا في قطع اليد، وكذلك لو كانت موضحة خطأ فلهم أن يقسموا ويستحقوا الدية على العاقلة، ويرجع الجاني فيأخذ ماله ويكون في العقل كرجل من قومه، ولو قال قاطع اليد للأولياء حين نكلوا عن القسامة قد عادت الجناية نفسا فاقتلوني وردوا المال فليس له ذلك، ولو لم يكن صالح وقال لهم ذلك وشاء الأولياء قطع اليد ولا يقسموا فذلك لهم، وإن شاؤا أقسموا وقتلوه. اهـ. وإلى قوله: "ولو قال القاطع" إلى آخره أشار المصنف بقوله: "لا له" وقوله في المدونة: نزى.

قال أبو الحسن: أي تزايد وترامى إلى الهلاك، وأصله من زيادة جريان الدم، وقد أعاد المصنف هذه المسألة في باب الجنايات فقال: "فإن عفا عن جرحه أو صالح فمات فلأوليائه القسامة والقتل"، ويرجع الجاني فيما أخذ منه، وهناك ذكرها ابن الحاجب، وتكلم عليها في التوضيح، وهذا إذا وقع الصلح على الجرح دون ما ترامى إليه، وفي المسألة ثلاثة أقوال؛ أحدها هذا، والثاني أنه ليس لهم التمسك بالصلح لا في الخطإ ولا في العمد، والثالث الفرق بين العمد فيخيرون فيه والخطأ فلا يخيرون وليس لهم التمسك به، وذكر هذه الأقوال ابن رشد في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الديات، وعزا الثالث لابن القاسم في المدونة، ونقل كلامه المصنف وابن عرفة في الجنايات.

الحديث ....

2034 - في المطبوع المذبوحة وما بين المعقوفين من ن عدود ص86 وم30 ويحيى34 والشيخ64.

2035 - في المطبوع يجعل بيعه وما بين المعقوفين من ن ذي ص86 ويحيى34 والشيخ64 وسيد14.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت:** ونص المدونة المتقدم [كالقول الأول[2036]] خلاف ما عزا لها ابن رشد فتأمله. قال: وأما إذا صالح على الجرح وما ترامى إليه فقال ابن رشد في الرسم المذكور: فيه تفصيل، أما جرح الخطإ الذي دون الثلث كالموضحة فلا خلاف أن الصلح فيها على ما ترامت إليه من موت أو غيره لا يجوز؛ لأنه إن مات كانت الدية على العاقلة فهو لا يدري يوم صالح ما يجب عليه، وإن وقع الصلح على ذلك فسخ متى عثر عليه واتبع فيه مقتضى حكمه لو لم يكن صلح، فإن برأ كانت عليه دية الموضحة، وإن مات كانت الدية على العاقلة بقسامة، وإن بلغ الجرح ثلث الدية ففيه قولان أحدهما أنه لا يجوز، 87 وهو قوله في هذه/ الرواية، وظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة، والثاني أنه جائز، وأما جرح العمد فما فيه القصاص فالمصالحة فيه على وضع الموت جائزة على ظاهر ما في الصلح من المدونة، وما نص عليه ابن حبيب في الواضحة خلاف ما في هذه الرواية، والجواز فيها أظهر لأنه إذا كان للمقتول أن يعفو عن دمه قبل موته جاز أن يصالح عنه بما شاء، وأما جراح العمد التي لا قصاص فيها فلا يجوز الصلح فيها على الموت. حكاه ابن حبيب في الواضحة، ولا أعرف فيها نص خلاف، وأما الصلح فيها على الجرح دون الموت فأجازه ابن حبيب فيما له دية مسماة كالمأمومة والمنقلة والجائفة. قال في موضع واحد إن الصلح فيها جائز على ما ترامى إليه مما دون النفس.

وقال في موضع آخر: لا يجوز فيه إلا بعينه لا على ما ترامى إليه من زيادة، ولم يجز الصلح فيما لا دية له مسماة إلا بعد البرء؛ فهذا تحصيل الخلاف في هذه المسألة. اهـ ملخصا من الرسم المذكور، ونقله في التوضيح في كتاب الجنايات برمته، ونقله أيضا ابن عرفة هناك، ونقله في الشامل هناك أيضا مختصرا.

وبهذا يعلم أن قول المصنف: "وإن وجب لمريض على رجل جرح عمدا فصالح في مرضه بأرشه أو غيره ثم مات من مرضه جاز ولزم، وهل مطلقا، أو إن صالح عليه لا ما يؤل إليه تأويلان" ليس معارضا للمسألة الأولى؛ لأن المسألة الأولى وقع الصلح فيها على الجرح فقط ثم نزى فيه ومات منه، وهذه المسألة تكلم فيها على أن الصلح إذا وقع من المريض على جرحه عمدا ومات من مرضه لا من الجرح أن الصلح جائز لازم، ولا يقال هذا صلح وقع من المريض فينظر فيه هل فيه محاباة أم لا؟ ثم نبه على أن هذا الصلح هل هو جائز مطلقا؛ أي سواء صالح المريض على الجرح فقط دون ما يؤول إليه أو صالح عليه وعلى ما يؤول إليه أو إنما يجوز صلحه إذا كان على الجرح فقط، وأما إن صالح على الجرح وعلى ما يؤول إليه فلا يصح الصلح تأويلان، فعلى هذا التأويل الثاني إن وقع الصلح على الجرح فقط جاز، فإن مات من مرضه لزم الصلح الورثة، وإن ترامى في الجرح فمات فالحكم ما تقدم في المسألة الأولى، وإن صالح عليه وعلى ما يؤول إليه فالصلح باطل، ويعمل فيها بمقتضى الحكم [لو[2037]] لم يكن صلح، وعلى التأويل الأول [بجواز[2038]] الصلح مطلقا إن وقع الصلح على الجرح فقط ، فالحكم فيه ما تقدم إن مات من مرضه لزم الصلح، وإن ترامى فيه فكما تقدم، وإن صالح عليه وعلى ما يؤول إليه لزم الصلح، وإن نزي فيه ومات منه فلا كلام للأولياء، وليس معنى هذا القول أنه إذا صالح على الجرح فقط ثم نزى

الحديث ....

[2036] - في المطبوع كالمقول لها وما بين المعقوفين من ن عدود ص86 وم30 ويحيى34 والشيخ64.

[2037] - في المطبوع ولو وما بين المعقوفين من يحيى34 وسيد16 والشيخ65.

[2038] - في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من يحيى34 وسيد16 والشيخ65.

نص خليل

وَإِنْ صَالَحَ أَحَدُ وَلِيَّيْنِ فَلِلآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ وَسَقَطَ الْقَتْلُ كَدَعْوَاكَ صُلْحَهُ فَأَنْكَرَ وَإِنْ صَالَحَ مُقِرٌّ بِخَطَإٍ بِمَالِهِ لَزِمَهُ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ مَا دَفَعَ تَأْوِيلاَنِ لاَ إنْ ثَبَتَ وَجَهِلَ لُزُومَهُ وَحَلَفَ وَرُدَّ إنْ طَلَبَ بِهِ مُطْلَقًا أَوْ طَلَبَهُ وَوُجِدَ وَإِنْ صَالَحَ أَحَدُ وَلَدَيْنِ وَارِثَيْنِ وَإِنْ عَنْ إنْكَارٍ فَلِصَاحِبِهِ الدُّخُولُ كَحَقٍّ لَهُمَا فِي كِتَابٍ أَوْ مُطْلَقٍ.

متن الحطاب

فيه ومات أن الصلح لازم للورثة: إذ لم يقل بذلك أحد فيما علمت. والله أعلم. وهذه المسألة أيضا في كتاب الصلح من المدونة، والتأويلان ذكرهما عياض في التنبيهات، ونص المدونة قبل المسألة التي ذكرناها أولا: وإذا وجب لمريض على رجل جراحة عمدا فصالح في مرضه على أقل من الدية أو من أرش تلك الجراحة ثم مات من مرضه فذلك جائز لازم؛ إذ للمقتول العفو عن دم العمد في مرضه وأن يدع مالا .اهـ. قال عياض: تأولها الأكثر على أن الصلح على الجراحة فقط لا على الموت، وتأولها ابن العطار على مآل الموت، ونقل ابن عرفة التأويلين في كتاب الجنايات بعد كلام ابن رشد المتقدم، وكلام ابن رشد المتقدم يدل على أنه تأول المدونة على ما تأولها ابن العطار. والله أعلم.

88 ص: **وإن صالح أحد [الوليين[2039]] فللآخر الدخول معه وسقط القتل** ش: يعني أن من قتل عمدا وله/ وليان فصالح أحدهما عن حصته بالدية كلها أو أكثر منها فللولي الآخر أن يدخل معه فيما صالح به بأن يأخذ نصيبه من القاتل على حساب دية العمد، ويضمه إلى ما صالح به صاحبه، ويقتسمون الجميع؛ لأنه هو المصالح به كما ذكر ذلك ابن عبد السلام في باب الديات، وله أن يترك للمصالح ما صالح به ويتبع القاتل بحصته من دية عمد. هذا قول ابن القاسم، وقال غيره إن من صالح على شيء اختص به، وهذا القول الثاني في المدونة أيضا قال فيها: ومن قتل رجلا عمدا له وليان فصالح أحدهما على عرض أو قرض [فللآخر[2040]] الدخول معه ولا سبيل إلى القتل، وقال غيره إن صالح [من حصته[2041]] على أكثر من الدية أو على عرض قل أو كثر فليس له غيره، [ولم[2042]] يكن لصاحبه على القاتل إلا بحساب ديته. اهـ. قال في التوضيح في كتاب الجنايات: قال ابن عبد السلام: ولو عفا البعض عن جميع الدية فللباقين نصيبهم على حساب دية عمد، ثم يضمون كلهم ما حصل لهم [ويقتسمونه[2043]] كأنهم اجتمعوا على الصلح به. اهـ.

ص: **وإن صالح مقر بخطإ بمال لزمه وهل مطلقا أو ما دفع تأويلان** ش: اعلم أنه اختلف فيمن أقر بقتل خطأ على أربع روايات ذكرها في التوضيح قال: وحكاها في الجلاب. الأولى: منها أنه إن اتهم أن يكون أراد غنى ولد المقتول كالأخ والصديق لم يصدق، وإن كان من الأباعد صدق [إن[2044]] كان ثقة

89 مأمونا ولم يخف أن يرشى على ذلك، ثم تكون الدية على العاقلة بقسامة، فإن لم يقسموا فلا/ شيء لهم. الرواية الثانية: [أنها[2045]] على المقر في ماله بقسامة. الثالثة: لا شيء عليه [ولا على[2046]] عاقلته. الرابعة:

الحديث

2039 *- في يحيى35 والشيخ65 ولبين.

2040 *- كذا في المطبوع والتهذيب ج3 أو فرض وفي الشيخ66 وسيد16 على عرض فللآخر وفي منح الجليل ج6 ص167 عازيا للحطاب على عرض أو غيره.

2041 *- في المطبوع بحصته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج3 ص325.

2042 *- في المطبوع وإن لم وضبب عليها محمد عالي وما بين المعقوفين من م31 ويحيى35 وسيد15 والشيخ66 وأقره الشيخ محمد سالم.

2043 *- في المطبوع ويقتسموه وما بين المعقوفين من م31 ويحيى35 والشيخ66 وسيد15.

2044 – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م31 ويحيى.

2045 – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من م31 وسيد15 ويحي .

2046 – في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من م31 وسيد15 ويحيى.

نص خليل إلاَّ الطَّعَامَ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ إلاَّ أَنْ يَشْخَصَ وَيُعْذِرَ إلَيْهِ فِي الْخُرُوجِ أوِ الْوَكَالَةِ فَيَمْتَنِعُ وَإن لمْ يَكُنْ غَيْرُ الْمُقْتَضَى.

متن الحطاب تفض عليه وعلى عاقلته، فما أصابه غرمه، وما أصاب العاقلة سقط عنه. اهـ كلام التوضيح. وما ذكره في الرواية الثانية أنها على المقر في ماله بقسامة ليس في الجلاب فيها ذكر القسامة، والذي فيه إنما هو أن الدية كلها واجبة عليه في ماله. هذا لفظه. ونقله ابن عرفة عنه أيضا بغير لفظ القسامة. فتأمله مع نقله عنه في التوضيح. والله أعلم. إذا علم ذلك فما ذكره المؤلف أنه إذا صالح المقر بالخطإ بماله لزم الصلح هذا على القول بأن المقر بالخطأ لا تلزمه الدية، وإنما تكون على العاقلة بقسامة إذا لم يتهم المقر بأنه أراد غنى ورثة المقتول، وهذا القول هو الذي اقتصر عليه في ديات المدونة، واقتصر عليه ابن الحاجب في كتاب الديات. قال في كتاب الصلح من المدونة: ولو أقر الرجل بقتل خطإ ولم تقم بينة فصالح الأولياء على مال قبل أن تلزم الدية العاقلة بقسامة، وظن أن ذلك يلزمه فالصلح جائز، وقد اختلف عن مالك في الإقرار بالقتل خطأ فقيل على المقر في ماله، وقيل على العاقلة بقسامة في رواية ابن القاسم وأشهب. اهـ. واختلف الشيوخ في تأويل المدونة فتأولها أبو عمران على أنه يلزمه فيما قبض وفيما لم يقبض لأنه التزمه وأوجبه على نفسه، وتأولها ابن محرز على أنه يلزمه ما قبض دون ما لم يقبض ذكرهما أبو الحسن، وإليهما أشار المصنف بقوله: "وهل مطلقا أو ما دفع تأويلان"، وذكر أبو الحسن قولا آخر أنه لا يلزمه شيء، وأنه [يرجع[2047]] بما دفع على العاقلة، وهذا القول يظهر أنه مخالف لما تقدم عن المدونة. والله أعلم.

ص: إلا الطعام ففيه تردد ش: ظاهر كلامه أنه إذا صالح أحد الشريكين فللآخر الدخول معه، إلا في الطعام ففي دخوله معه تردد وليس هذا مراده، بل مراده أن ينبه على أنه في المدونة استثنى الطعام لما تكلم على هذه المسألة فتردد المتأخرون في وجه استثنائه فقال ابن أبي زمنين إنه مستثنى من آخر المسألة، وخالفه عبد الحق، ويتبين ذلك بجلب كلام المدونة وكلامهما. قال في المدونة: وإذا كان بين رجلين خلطة فمات أحدهما وترك ولدين، فادعى أحد الولدين أن لأبيه قبل خليطه مالا فأقر له أو أنكر فصالحه على حظه من ذلك بدنانير أو دراهم أو عرض جاز، ولأخيه أن يدخل معه فيما أخذ وكل ذكر حق لهما بكتاب أو بغير كتاب إلا أنه من شيء كان بينهما فباعاه في صفقة بمال أو عرض أو بما يكال أو يوزن غير الطعام والإدام أو من شيء أقرضاه من عين أو طعام أو غيره مما يكال أو يوزن أو [ورثا[2048]] هذا الذكر الحق فإن ما قبض منه أحدهما يدخل فيه الآخر، وكذلك إن كانوا جماعة فإنه يدخل فيه بقية أشراكه إلا أن يشخص المقتضي بعد الإعذار إلى أشراكه في الخروج معه أو الوكالة فامتنعوا، فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى لأنه لو رفعهم إلى الإمام لأمرهم بالخروج أو التوكيل، فإن فعلوا وإلا خلى بينه وبين اقتضاء حقه ثم لم يدخل معه أحد منهم فيما اقتضى.اهـ. قال ابن أبي زمنين وغيره: إنما استثنى الطعام هنا من قوله إلا أن يشخص المقتضي بعد الإعذار إلى

الحديث ....

[2047] – في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من ذي ص89 وم31 وسيد15 ويحيى35 والشيخ66.

[2048] – في المطبوع ورث وما بين المعقوفين من ن ذي ص89 وم31 والشيخ67.

نص خليل

أَوْ يَكُونَ بِكِتَابَيْنِ وَفِيمَا لَيْسَ لَهُمَا وَكُتِبَ فِي كِتَابٍ قَوْلاَنِ وَلاَ رُجُوعَ إن اخْتَارَ مَا عَلَى الْغَرِيمِ وَإِنْ هَلَكَ وَإِنْ صَالَحَ عَلَى عَشَرَةٍ مِنْ خَمْسِينِهِ فَلِلآخَرِ إِسْلاَمُهَا أَوْ أَخْذُ خَمْسَةٍ مِنْ شَرِيكِهِ وَيَرْجِعُ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ وَيَأْخُذُ الآخَرُ خَمْسَةً وَإِنْ صَالَحَ بِمُؤَخَّرٍ عَن مُسْتَهْلَكٍ لَمْ يَجُزْ إلاَّ بِدَرَاهِمَ كَقِيمَتِهِ فَأَقَلَّ أَوْ ذَهَبٍ كَذَلِكَ وَهُوَ مِمَّا يُبَاعُ بِهِ كَعَبْدٍ آبِقٍ وَإِنْ صَالَحَ بِشِقْصٍ عَن مُوضِحَتَيْ عَمْدٍ وَخَطَإٍ فَالشُّفْعَةُ بِنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْصِ وَبِدِيَةِ الْمُوضِحَةِ وَهَلْ كَذَلِكَ إن اخْتَلَفَ الْجُرْحُ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب

شركائه في الخروج معه أو الوكالة فامتنعوا فإن أشهد عليهم لم يدخلوا فيما اقتضى". قال: فإذا كان الذي على الغريم طعاما من بيع لم يجز لأحدهما أن يأذن لصاحبه في الخروج لاقتضاء حقه خاصة؛ لأن إذنه في الخروج مقاسمة له، والمقاسمة له كبيعه قبل استيفائه، فلذلك قال في صدر المسألة غير الطعام والإدام، وقال عبد الحق يحتمل عندي استثناؤه الإدام والطعام إنما هو لما ذكر من بيع أحدهما نصيبه [أو صلحه[2049]] منه؛ لأنه إذا كان الذي لهما طعاما أو إداما لم يجز لأحدهما بيع نصيبه أو مصالحته منه؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه، وهذا الذي يشبه أن يكون أراده. والله أعلم.

ص: **أو يكون بكتابين** ش: يعني أن الحق إذا كان بكتابين فلا يجوز أن يدخل أحد الشريكين على الآخر فيما اقتضى، وإن كان/ ذلك ثمن شيء واحد أصله بينهما [وباعاه[2050]] في صفقة واحدة كعبد أو ثوب. قال في المدونة: والحق إذا كان بكتابين كان لكل واحد ما اقتضى ولم يدخل عليه فيه شركاؤه وإن كان من شيء أصله [بينهما[2051]] أو باعاه في صفقة.

90

ص: **وفيما ليس لهما وكتب في كتاب قولان** ش: قال ابن يونس: وهذا إذا جمعا [سلعتيهما[2052]] في البيع على قول من يجيز ذلك لأنهما كالشريكين قبل البيع، ألا ترى أنه لو استحقت سلعة أحدهما [وهي[2053]] وجه الصفقة أن للمشتري نَقْضَ البيع كما لو كانا شريكين فيها فكذلك يكون حكمُهما في الاقتضاء حُكْمَ الشريكين. اهـ. وقال أبو محمد بن أبي زيد: لا توجب الكتابة في كتاب واحدٍ الشركة بينهما، ولكل واحد ما اقتضى. اهـ.

قلت: إذا كانت هذه المسألة [مفرعة[2054]] على القول بجواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع فلا حاجة لذكرها لأنها [مفرعة[2055]] على غير المشهور. والله أعلم.

ص: **كعبد أبق** ش: ليس هذا مثالا لما قبله، وإنما هو مشبه به في جواز الصلح نظرا إلى القيمة؛ أي وكذلك يجوز لك أن تصالح من غصبك عبدا [وأبق[2056]] منه على دنانير مؤجلة أو دراهم مؤجلة إذا كانت الدنانير أو الدراهم كالقيمة فأقل. [قال في كتاب الصلح: وإن غصبك عبدا فأبق منه لم يجز أن

الحديث ....

2049 – في المطبوع أو وصلحه وما بين المعقوفين من ن ذي ص89 والشيخ67 وسيد15 ويحيى35.

2050 *– في المطبوع وباعه وما بيه المعقوفين من يحيى والشيخ67 وفي م31 أو باعاه.

2051 – في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص320.

2052 *– في المطبوع سلعتهما وما بين المعقوفين من م32 وسيد15 والشيخ67.

2053 *– في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من الشيخ67 وسيد15 ويحيى35 وم32.

2054 – في المطبوع بقرعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 وم32 ويحيى35 والشيخ67.

2055 – في المطبوع بقرعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 وم32 ويحيى35 والشيخ67.

2056 *– في المطبوع أو أبق وما بين المعقوفين من سيد16 ويحيى36 والشيخ67.

نص خليل **باب شَرْطُ الْحَوَالَةِ رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحَالِ فَقَطْ.**

متن الحطاب تصالحه على عرض مؤجل، وأما على دنانير مؤجلة فإن كانت كالقيمة فأقل[2057]] جاز، وليس هذا من بيع الآبق. والله أعلم.

ص: **باب شرط الحوالة رضا المحيل والمحال فقط** ش: قال في التوضيح: عياض وغيره: هي مأخوذة من التحول من شيء إلى شيء؛ لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه. اهـ. وقال ابن عرفة: الحوالة طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى. [ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحا بمثله في أخرى[2058]] لامتناع تعلق الدين [بمن[2059]] هو له. اهـ. ويخرج من حده من تصدق على رجل أو وهبه شيئا ثم أحاله به على من له عليه مثله فإنها حوالة كما نقله/ في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فلو أحال البائع على المشتري. ولفظ الدين لا يطلق [عليها[2060]] عرفا. والله أعلم. ثم قال عياض: قال الأكثر: [هي رخصة لأنها مبايعة[2061]] مستثناة من الدين بالدين والعين بالعين غير يد بيد لأنها معروف، وأشار الباجي إلى أنها ليست كالبيع ولا هي من هذا الباب بل من باب النقد.

91

قلت: لفظه [ليست[2062]] من الدين بالدين لبراءة المحيل بنفس الإحالة فهي من باب النقد. عياض: في حمل الحوالة على الندب أو الإباحة قولا الأكثر وبعضهم. الباجي: هي على الإباحة. اهـ. ونحوه في التوضيح، وقوله: "رضا المحيل [و[2063]] المحال" قال ابن عرفة: صرح ابن الحاجب وابن شاس أنهما من شروطها، ولم يعدهما اللخمي وابن رشد منها وهو أحسن، والأظهر أنهما جزءان لأنهما كلما وجدا وجدت. اهـ. والظاهر أنهما شرطان كما قال [المصنف[2064]] لا جزءان كما قال ابن عرفة لعدم توقف تعقلها ووجودها عليهما، ولذلك اختلف العلماء في اشتراط رضا المحال، وإنما [أركانها المحيل[2065]] والمحال والمحال عليه والمحال به، وقول ابن عرفة: "كلما [وجدا وجدت"[2066]] ممنوع، فقد يوجدان ولا توجد كما إذا فقد شرط من شروطها. قال في المدونة: وإذا أحالك على من ليس قِبَلَهُ دين فليست حوالةً وهي حمالة. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: نص شيخنا أبو مهدي على أن حدها يدل على أنهما شرطان لا جزءان إذ لم يذكرا في الحد. اهـ. وقوله: "فقط" إشارة إلى أنه لا يشترط رضا المحال عليه على المشهور. قال في التوضيح: وعلى المشهور فيشترط في ذلك السلامة من العداوة. قاله مالك. المازري: وإنما يعرض الإشكال لو استدان رجل من آخر دينا ثم حدثت بينهما عداوة بعد الاستدانة هل يمنع من له الديــن من اقتضاء دينه [ليلا يبالغ

الحديث ....

2057 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص90 وم32 ويحيى36 والشيخ67.

2058 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 وم32 ويحيى36 والشيخ67.

2059 - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 وسيد15 والشيخ67 ويحيى36 وم32.

2060 - في المطبوع عليهما وما بين المعقوفين من يحيى36 وسيد16 والشيخ67.

2061 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص91 وم32 ويحيى36 والشيخ67.

2062 - في المطبوع ليس وما بين المعقوفين من ن الزائد ص91 وم32 ويحيى36 والشيخ68.

2063 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 وم32 ويحيى36 والشيخ68.

2064 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص91 وم32 ويحيى36.

2065 *- في المطبوع أركانها رضا المحيل وما بين المعقوفين من م32 ويحيى36 وسيد15 والشيخ68.

2066 - في المطبوع وجد أو وجدت ويحيى36 والشيخ68 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 وم32.

نص خليل وَثُبُوتُ دَيْنٍ لاَزِمٍ فَإِنْ أَعْلَمَهُ بِعَدَمِهِ وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ صَحَّ وَهَلْ إلاَّ أَنْ يُفَلَّسَ أَوْ يَمُوتَ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب في اقتضاء دينه ويوذي[2067] عدوه فيؤمر أن يوكل غيره، أو لا يمنع لأنها ضرورة؟ تردد ابن القصار في هذا، وإشارته تقتضي الميل إلى أنه لا يمكن من الاقتضاء بنفسه. اهـ. وكلام المازري هذا هو في الجواب عن السؤال الثاني من أول الحوالة، وقال البساطي: لو كان المحال عدوا للمحال عليه اشترط رضاه، واختلف على ذلك إذا تجددت العداوة بعد الحوالة هل يجب التوكيل أم لا؟ كما قالوا فيمن له على شخص دين وتجددت بينهما عداوة. اهـ . والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور هل يشترط حضور المحال عليه وإقراره كما في بيع الدين وهو قول ابن القاسم، أو لا وهو قول ابن الماجشون؟ وللموثقين الأندلسيين أيضا القولان، وفي المتيطية عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه، [ولعل[2068]] الخلاف مبني على الخلاف الذي بين الشيوخ هل الحوالة مستثناة من بيع الدين بالدين فنسلك بها مسلك البيوع، أو هي أصل بنفسه؟ اهـ كلام التوضيح. وأصله لابن عبد السلام، ونقله في الشامل، وقال ابن سلمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذلك لا يشترط علمه وحضوره على المشهور، وفي الاستغناء: لا تجوز الحوالة على الغائب، وإن وقع ذلك فسخ حتى يحضر وإن كانت له بينة لأنه قد تكون للغائب براءة من ذلك، وفي [المستهل:[2069]] لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقر. اهـ. وعلى قول ابن القاسم اقتصر الوقار في مختصره، ونصه: ولا يجوز أن يحال أحد بحق له قد حل على غائب لأنه لا يدري ما حاله في ماله، ولا يجوز أن يحال به على ميت بعد موته، وهو بخلاف الحي الحاضر؛ لأن ذمة الميت قد فاتت وذمة الحي موجودة. [اهـ.[2070]] وعليه أيضا اقتصر صاحب الإرشاد وصاحب الكافي، وكذلك أيضا المتيطي وابن فتوح، وقبله ابن عرفة، وفي الحوالة من المدونة: ولا بأس أن تكتري من رجل عبده أو داره بدين لك حال أو مؤجل على رجل آخر مقر حاضر مليء وتحيله عليه إن شرعت في السكنى والخدمة.

92 قال أبو الحسن: اشترط هنا حاضرا مقرا، وبعض المواضع لم يشترط فيها ذلك.الشيخ:/ فحيث [ذكره[2071]] يقيد به ما لم [يذكره[2072]] فيه. اهـ. وقال المشذالي في حاشيته: قوله: "مقر حاضر" مفهومه لو كان غائبا لم تجز الحوالة. قال في الطرر عن أبي زيد القرطبي: لا تجوز الحوالة على غائب، فإن وقع لم تجز وفسخ لأنه قد يكون للغائب من ذلك براءة. اهـ.

ص: **وثبوت دين لازم** ش: احترز باللازم من دين غير لازم. قال البساطي: كالدين المرتب على العبد من غير إذن سيده وما أشبه ذلك. اهـ.

الحديث ....

[2067] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 وم32 ويحيى36 والشيخ68.

[2068] – في المطبوع وم32 وهل وما بين المعقوفين من ن الزائد ص91 ويحيى36 والشيخ68.

[2069] – في المطبوع وم32 ويحيى36 وسيد المشتمل وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 والشيخ68والذي في ابن سلمون، ج1 ص265 وفي المشتمل.

[2070] – ساقطة من المطبوع وم32 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص91 ويحيى36 والشيخ68.

[2071] – في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص92 وم32 ويحيى36.

[2072] – في المطبوع يذكر وما بين المعقوفين من ن الزائد ص92 ويحيى36 وم32 والشيخ68.

نص خليل وَصِيغَتُهَا.

متن الحطاب **قلت**: ومن ذلك الكتابة فلا تجوز الحوالة على الكتابة إلا إذا كان السيد هو المحال كما إذا أحاله مكاتبه بما حل عليه على مكاتب للمكاتب كما سيأتي. والله أعلم.

ص: وصيغتها ش: انظر هل مراده بصيغتها أنها لا تنعقد إلا بلفظ الحوالة، وعليه حمله الشارح في شروحه، ولكنه أتى بعده بكلام البيان وهو يدل على خلاف ذلك، أو مراده أنه لا بد في الحوالة من لفظ يدل على ترك المحال دينه من ذمة المحيل، وهذا هو الذي نص عليه في البيان ولم يذكر خلافه، وعليه اقتصر ابن عرفة

قال في أول سماع يحيى من كتاب الحوالة والكفالة: قال يحيى: قال ابن القاسم في الرجل يطلب الرجل [بحقه[2073]] فيذهب به إلى غريم له، فيقول له خذ حقك من هذا، ويأمره بالدفع إليه فيتقاضاه إياه فيقضيه بعض حقه أو لا يقضيه فيريد أن يرجع على الأول ببقية حقه إن ذلك له، وليس هذا بوجه [الحول[2074]] اللازم لمن أحال بحقه لأن له أن يقول لم أحتل عليه بشيء، وإنما أردت أن أكفيك التقاضي، [وإنما[2075]] وجه الحِوَل اللازم أن يقول أحيلك على هذا بحقك، [وأبرأ بذلك إليك مما تطلبني به[2076]] [ولا رجوع[2077]] عليه بحقه. ابن رشد: هذا كما قال لأن الحوالة بيع من البيوع ينتقل بها الدين عن ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يكون ذلك إلا بيقين وهو التصريح بلفظ الحوالة أو ما ينوب منابه؛ مثل أن يقول له خذ من هذا حقك وأنا بريء من دينك وما أشبه ذلك، وقد قال بعض الشيوخ [إذا قال[2078]] اتبع فلانا بحقك [فهو[2079]] حوالة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: {ومن اتبع على مليء فليتبع[1]} قال: فلما أتى بلفظ يشبه النص كان حوالة إذا كان ذلك على المحال عليه وليس ذلك بالبين، وإنما البين في ذلك أن يقول له قد أتبعتك على فلان، وأما إذا قال اتبع فلانا فيتخرج ذلك على قولين [قد ذكرتهما[2080]] في آخر أول رسم من سماع أشهب من جامع البيوع، [وهذا[2081]] الأمر من الآمر هل يحمل على الإيجاب عليه أم لا؟ اختلف في ذلك قول مالك. اهـ. والقولان اللذان أشار إليهما هما الروايتان في [قول[2082]] البائع خذ هذا الثوب بكذا هل هو إيجاب للبيع كقوله بعتك أم لا؟ وقال ابن عرفة: الصيغة ما دل على

الحديث 1- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم ومن أتبع على ملئ فليتبع، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، دار الفجر للتراث، رقم الحديث 2288، القاهرة 2005، ولفظ مسلم، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، دار إحياء التراث العربي بيروت 1972، رقم الحديث 1564.

2073 - في المطبوع في حقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص92 وم32 ويحيى36 والشيخ69.

2074 - في المطبوع الحق وما بين المعقوفين من ن عدود ص92 ويحيى36 وم32 (وفي الشيخ69 الحل).

2075 - في المطبوع وأما وما بين المعقوفين من ن الزائد ص92 وم32 ويحيى36 والشيخ69.

2076 *- في المطبوع وأبرأ ذمتك مما تطلبني وأن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج11 ص338.

2077 *- في المطبوع وأن لا أرجع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج11 ص338.

2078 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص92 وم32 ويحيى36 والشيخ69.

2079 - في المطبوع فهي وما بين المعقوفين من ن عدود ص92 ويحيى36 والشيخ69.

2080 - في المطبوع فذكرهما وما بين المعقوفين من ن الزائد ص92 وم32 ويحيى36 والشيخ69.

2081 *- في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج11 ص339.

2082 *- في المطبوع قولي وما بين المعقوفين من ن عدود ويحيى36 والشيخ69 وم32.

نص خليل وَحُلُولُ الْمُحَالِ بِهِ وَإِنْ كِتَابَةً لاَ عَلَيْهِ وَتَسَاوِي الدَّيْنَيْنِ قَدْرًا وَصِفَةً.

متن الحطاب ترك المحال دينه من ذمة المحيل بمثله في ذمة المحال عليه. اهـ. نعم وقع في عبارة الشيخ أبي الحسن الصغير أن من شروط الحوالة أن تكون بلفظ الحوالة وأطلق، ونصه: وللبراءة بالحوالة [أربعة[2083]] شروط: أن يكون برضا المحيل والمحال، وأن يكون بلفظ الحوالة، وأن يكون على أصل دين وأن لا يغر من عدم [يعلمه[2084]] فتأمله. والأول أظهر. والله أعلم. ويؤيده ما قال ابن [شأس[2085]] إذا أتى بلفظ يحتمل الحوالة ويحتمل الوكالة كما إذا قال خذ الذي لك على من الدين الذي على فلان فقال ابن القاسم للمحال أن يرجع على المحيل ويقول إنما طلبت منه نيابة عنك لا على أنها حوالة أبرأتك منها. اهـ. والله أعلم. /

93

ص: وحلول المحال به وإن كتابة ش: يعني أنه يشترط في الحوالة أن يكون الدين المحال به حالا، ووقع في السلم الثاني من المدونة ما يوهم خلافه، ونصها: ولو استقرض الذي عليه السلم مثل طعامك من أجنبي وسأله أن يوفيك أو أحالك به ولم تسأل أنت الأجنبي فذلك جائز قبل الأجل وبعده، فأورد بعضهم على ابن عبد السلام حين إقرائه هذا المحل أنه خلاف المذهب في اشتراط حلول المحال به فلم يحضره ولا غيره [جواب. قال[2086]] ابن عرفة: ثم بان لي [سره[2087]] بأن شرط الحلول في الحوالة الحقيقية التي هي على أصل دين، وهذه مجاز لأنها على غير أصل دين [فهي[2088]] حمالة. اهـ من شرح الرسالة لابن ناجي. وقوله: "وإن كتابة" يريد أنه يشترط الحلول في الدين المحال به ولو كان من كتابة، وهذا مذهب ابن القاسم، وخالفه غيره في ذلك.

تنبيه: قال ابن جزي في قوانينه: الحوالة على نوعين: إحالة قطع وإحالة إذن، فأما إحالة القطع فلا تجوز في المذهب إلا بثلاثة شروط: الأول أن يكون الدين المحال به قد حل. الثاني أن يكون الدين المحال [به[2089]] مساويا للمحال فيه في الصفة والمقدار. الثالث أن لا يكون الدينان أو أحدهما طعاما من سلم، وأما الإذن فهو كالتوكيل على القبض [والاقتطاع[2090]] فيجوز بما حل وبما لم يحل، ولا تبرأ به ذمة المحيل حتى يقبض المحال من المحال عليه ماله، ويجوز للمحيل أن يعزل المحال في الإذن عن القبض ولا يعزله [في إحالة[2091]] القطع. اهـ.

ص: لا عليه ش: يعني أنه لا يشترط حلول الدين المحال عليه كان كتابة أو غيرها. نعم يشترط في الحوالة على الكتابة أن يكون المحال هو السيد كما إذا أحاله مكاتبه بما حل عليه على مكاتب

الحديث ....

2083 *- في المطبوع أربع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد15.

2084 *- في المطبوع بعلمه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م32.

2085 – في المطبوع القاسم وما بين المعقوفين من ن م32 ويحيى36 والشيخ69 وأقره الشيخ محمد سالم.

2086 *- في المطبوع جواب ثم قال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد15 ويحيى37 والشيخ69.

2087 – في ن الزائد ص93 وم32 ويحيى37 والشيخ69 يسره.

2088 – في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ69.

2089 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ70.

2090 *- في المطبوع والإقطاع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في القوانين ص346.

2091 *- في المطبوع الإحالة وما بين المعقوفين من ن عدود ص93.

نص خليل وَفِي تَحَوُّلِهِ عَلَى الأَدْنَى تَرَدُّدٌ وَأَن لاَّ يَكُونَ طَعَامًا مِّنْ بَيْعٍ.

متن الحطاب للمكاتب، ولا يصح أن يحيل السيد أجنبيا له عليه دين على مكاتبه نص على ذلك التونسي، ونقله في التوضيح، وعزا ابن شاس وابن الحاجب لابن القاسم اشتراط حلول الكتابة المحال عليها السيد.
قال في التوضيح: واعترض عليهما ما حكياه من شرط حلولها. ثم قال: وأما الكتابة المحال عليها فلا يشترط ابن القاسم و[لا[2092]] غيره فيها الحلول ولا يعرف [فيها[2093]] من قال به. ونص المدونة: ابن القاسم وإن أحالك مكاتبك بالكتابة على مكاتب له وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز ذلك إلا أن تبت أنت عتق الأعلى فيجوز. ابن القاسم: يريد وإن لم تحل كتابة الأعلى فيجوز بشرط تعجيل العتق كما لا تجوز الحمالة بالكتابة إلا على شرط تعجيل العتق.
وقال في المدونة: ثم إن عجز الأسفل كان لك رقا ولا ترجع على المكاتب الأعلى بشيء؛ لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حريته، وهذا كله بشرط أن يكون المحال السيد لا الأجنبي. التونسي: والمكاتب جائز له أن يحيل سيده بما حل من كتابته على ما لم يحل، وإن كان المحال أجنبيا لم تجز. قال: [وهي[2094]] لو حلت لم تجز من الأجنبي لأن الحوالة إنما أجيزت في الأجنبي إذا أحيل على مثل [الدين،[2095]] وهاهنا قد يعجز المكاتب المحال عليه فتصير الحوالة [قد وقعت[2096]] على غير جنس الدين كما [لو[2097]] [كان[2098]] على رجل دين لأجنبي فأراد أن يحيله بذلك على مكاتبه ما جاز [له ذلك؛[2099]] لأنه قد يعجز فتكون الحوالة قد خالفت ما رخص فيه منها، وهو أن يكون المحال عليه من جنس المحال به، فإن قيل أنتم تجيزون بيع الكتابة مع إمكان أن يشتري كتابته تارة ورقبته أخرى قيل أصل الحوالة رخصة لأنها الدين بالدين فلا يتعدى بها ما [خفف[2100]] منها.اهـ كلام التوضيح برمته.ونقله في الشامل، ونصه:وحلول محال به.ثم قال:لا حلول محال عليه مطلقا، وللمكاتب أن يحيل سيده لا أجنبيا [بما[2101]] حل من كتابته على نجوم مكاتب له وإن لم يحل.اهـ.

ص: **وفي تحوله على الأدنى تردد** ش: يعني أن الأشياخ المتأخرين ترددوا في جواز تحوله من الدين الأعلى/ إلى أدنى منه؛ يريد أو من الكثير إلى أقل منه، وأكثر الشيوخ على الجواز، وظاهر كلامه في التوضيح وكلام غيره أن التردد جار في التحول من الكثير إلى القليل، بل كلامهم صريح في ذلك، فإن لفظ صاحب المقدمات القائل بالمنع: شرطها تماثلهما في الصفة والقدر لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل. اهـ.

94

الحديث ....

2092 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ70.
2093 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن يحيى37 والشيخ70 وم33 وأقره الشيخ محمد سالم.
2094 – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن الزائد ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ70.
2095 – في المطبوع الابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ70.
2096 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التوضيح ج3 ص30.
2097 – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص93.
2098 *– في المطبوع حل وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التوضيح ج3 ص30.
2099 *– في المطبوع وم33 لذلك وما بين المعقوفين من يحيى37 وفي التوضيح ج3 ص30 ما جاز ذلك.
2100 – في المطبوع خلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 والشيخ70.
2101 – في المطبوع فما وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 وم33 ويحيى37 والشيخ70.

نص خليل لاَ كَشْفُهُ عَنْ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ.

متن الحطاب **قلت**: هذا -والله أعلم- إذا كانت الحوالة مجملة كما إذا [قال[2102]] له أحيلك بالمائة التي لك [علي[2103]] على فلان ابن فلان بعشرة لي عنده، أما إذا قال له أسقط [عنك[2104]] التسعين وأحتال بالعشرة الباقية علي فلان فالظاهر أنه لا يتأتى فيه التردد. والله أعلم. قال في التوضيح: وما ذكره المصنف -يعني ابن الحاجب- من جواز التحول بالأعلى على الأدنى موافق للخمي والمازري وابن شاس، ووجهه أنه أقوى في المعروف. اهـ. وقال ابن رشد وعياض لا يجوز، وأما التحول من الأدنى إلى الأعلى فقال في التوضيح: وقع في بعض نسخ ابن الحاجب في قوله: فيجوز بالأعلى على الأدنى موضع على عن فتكون بمعنى على، ولا يصح أن تكون باقية على معناها؛ لأنه يكون المعنى حينئذ فيجوز أخذ الأعلى عن الأدنى، وذلك لا يجوز صرح بذلك غير واحد. اهـ.

وقال ابن عرفة: ويشترط تماثل صنف الدينين، وفي شرط تساويهما في الصفة والقدر مطلقا، وجواز كون المحال عليه أقل أو أدنى قول المقدمات: شرطها تماثلهما في الصفة والقدر لا أقل ولا أكثر ولا أدنى ولا أفضل، ونص اللخمي مع المازري والمتيطي، وقال: شروطها ستة: كونها على دين، واتحاد جنس الدينين، واتحاد قدرهما وصفتهما، أو كون المحال عليه أقل أو أدنى. اهـ كلام ابن عرفة. وفي الجواهر: الشرط الثالث أن يكون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا، فإن كان بينهما تفاوت يفتقر في أدائه عنه إلى المعاوضة أو الرضا دون المعاوضة لم يجز، وإن لم يفتقر بل كان مما يجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء فيتحول عن الأعلى إلى الأدنى وعن الأكثر إلى الأقل. اهـ. يعني وإن كان التفاوت بين الدينين لا يفتقر إلى المعاوضة ولا إلى الرضا بل كان مما يجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء فيجوز فيه اختلاف الدينين، لكن بشرط أن يتحول من الأعلى إلى الأدنى أو من الأكثر إلى الأقل فتأمله. ومقتضى كلامه أنه إذا أعطى من له أدنى أعلى أنه يجبر على قبوله، وقال في السلم من التوضيح: إن ظاهر المذهب خلافه فاعلمه.

[**تنبيه**:[2105]] قال في التوضيح إثر الكلام المتقدم: وحيث حكم بالمنع في هذا الفصل فإنما ذلك إذا لم يقع التقابض في الحال، وأما لو قبضه لجاز، ففي الموازية إذا اختلفا في الصنف أو في الجودة والصنف [واحد وهما[2106]] طعام أو عين أو عرض من بيع أو قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فلا تصح الحوالة وإن حلا. محمد: إلا أن يقبضه قبل أن يتفرقا فيجوز إلا في الطعام من بيع فلا يصح أن يقبضه إلا صاحبه قال: وكذلك إن كان أحدهما ذهبا والآخر ورقا فلا يحيله به وإن حلا، إلا أن يقبضه مكانه قبل افتراق الثلاثة وطول المجلس. اهـ .

ص: **لا كشفه عن ذمة المحال عليه** ش: تقدم في كلام التوضيح في القولة الأولى من هذا الباب أنه

الحديث ....

2102 – في المطبوع إذا كان قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص94.

2103 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص94 وم33.

2104 – في المطبوع عنه وما بين المعقوفين من ن ذي ص94 وم33 ويحيى37 والشيخ70.

2105 – في المطبوع فرع وم34 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص94 ويحيى37 والشيخ71.

2106 *– في المطبوع وأحدهما وما بين المعقوفين من م33 ويحيى37 والشيخ71.

نص خليل

وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ الْمُحَالِ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَإِنْ أَفْلَسَ أَوْ جَحَدَ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ الْمُحِيلُ بِإِفْلاَسِهِ فَقَطْ وَحَلَفَ عَلَى نَفْيِهِ إِن ظُنَّ بِهِ الْعِلْمُ.

متن الحطاب

قال: وفي المتيطية عن مالك إجازة الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه. اهـ. ويعني بهذا أن الحوالة مخالفة لبيع الدين، وما ذكره المتيطي عن مالك جعله اللخمي وغيره المذهب، ونص اللخمي في كتاب الحوالة من تبصرته: فصل:[وأجاز[2107]] مالك الحوالة مع الجهل بذمة المحال عليه إن كان لا يدري أموسر هو أو معسر. انتهى. وإليه أشار المؤلف بقوله: "لا كشفه عن ذمة المحال عليه". والله أعلم.

ص: ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد ش: هذا نحو قوله في المدونة وإذا أحالك غريمك على من له عليه دين فرضيت باتباعه فلا ترجع عليه بشيء في غيبة/ المحال عليه أو عدمه. أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: إلا أن يشترط أنه يرجع، فإن أفلس أو مات فله شرطه، وهو قول المغيرة. انتهى.

95

وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: نقله الباجي كأنه المذهب، وقال ابن رشد: هذا صحيح ولا أعرف فيه خلافا .انتهى. وقال في التوضيح: ومسألة الفلس صحيحة في المدونة وغيرها، وقيدها المغيرة فقال: إلا أن يشترط المحال الرجوع على المحيل إذا فلس المحال عليه فيكون له شرطه. انتهى. وقال ابن عرفة: وحدوث فلس المحال عليه لغو [لا[2108]] يوجب فيه نقضا، وسمع سحنون المغيرة أن شرط المحال على المحيل إن أفلس المحال عليه رجع على المحيل فله شرطه، ونقله الباجي كأنه المذهب وقال ابن رشد: هذا صحيح لا أعرف فيه خلافا. قال ابن عرفة: قلت: فيه نظر؛ لأنه شرط مناقض لعقد الحوالة، وأصل المذهب في الشرط المناقض للعقد أنه يفسده، وفي بعضها يسقط الشرط ويصح العقد كالبيع على أن لا جائحة. انتهى. فتأمله.

فرع: قال ابن سلمون: فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة، ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل ولا تلزمه الحوالة، فإن انعقد في الوثيقة بعد معرفة المحال بملاء المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه، وإن كان إفلاسه بعد الإحالة فلا كلام للمحال. انتهى. ويأتي في القولة التي بعد هذه ما ينبغي أن يقيد به كلامه هذا.

فرع: فلو دفع المحال عليه الدين بعد الإحالة للمحيل لم أر فيه نصا، والظاهر أنه إن علم بالحوالة لزمه غرمه [للمحال،[2109]] وإلا لم يلزمه كما قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الصدقات في دفع الدين الموهوب للواهب.

ص: إلا أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط ش: أما إذا علما جميعا بفلسه فلا رجوع له عليه. قاله مالك، ونقله الشارح وغيره، فأحرى إذا علم وحده، فإن جهلا فلسه جميعا فالذي يفهم من كلام المصنف أنه لا رجوع عليه،وهو الذي يفهم من كلام عبد الحق الذي نقله أبو الحسن والمصنف في التوضيح وغيره، بل هو صريح في ذلك فإنه نقل عن ابن عبد السلام أنه قد اعترض هذه المسألة غير واحد

الحديث ....

[2107] *- في المطبوع وإجازة وما بين المعقوفين من م33 والشيخ71 ويحيى38 وسيد16.

[2108] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص95 ويحيى38 والشيخ71.

[2109] - في المطبوع للمحتال وما بين المعقوفين من ن ذي ص95 وم33 ويحيى38 والشيخ72 وسيد16.

نص خليل

فَلَوْ أَحَالَ بَائِعٌ عَلَى مُشْتَرٍ بِالثَّمَنِ ثُمَّ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوِ اسْتُحِقَّ لَمْ تَنْفَسِخْ وَاخْتِيرَ خِلاَفُهُ وَالْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ إِنِ ادُّعِيَ عَلَيْهِ نَفْيُ الدَّيْنِ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ لاَ فِي دَعْوَاهُ وَكَالَةً أَوْ سَلَفاً.

باب الضَّمَانُ شَغْلُ ذِمَّةٍ أُخْرَى بِالْحَقِّ وَصَحَّ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ.

متن الحطاب

[بأن[2110]] فلس المحال عليه حين الحوالة إن كان عيبا فله الرجوع، [علم[2111]] المحيل بفلس المحال عليه أو لم يعلم، وإن لم يكن عيبا فلا رجوع له مطلقا. قال: وأجيب بأنه عيب مع علم المحيل لغروره، وأجاب عبد الحق بأن الحوالة معروف فسهل على المحيل إلا أن يغر. انتهى. فينبغي أن يقيد كلام ابن سلمون السابق بهذا.

ص: **فلو أحال بائع على مشتر بالثمن ثم رد بعيب أو استحق لم ينفسخ واختير خلافه** ش: يعني إذا أحاله بثمن ما باعه ثم رد المبيع بعيب أو استحق فإن الحوالة لا تنفسخ عند ابن القاسم، وتنفسخ عند أشهب، واختاره الأئمة ابن المواز وغيره، وما ذكره المؤلف غير جار على قاعدته من وجهين؛ لأن مادة/ الاختيار للخمي، وإذا كان بصيغة الفعل فذلك لاختياره في نفسه، وليس للخمي هنا اختيار، والخلاف منصوص بين ابن القاسم وأشهب، والمختار لقول أشهب ابن المواز وغيره. 96

تنبيه: وهذا الخلاف مقيد بما إذا كان البائع باع ما ظن أنه ملكه، وأما لو باع ما يعلم أنه لا يملكه مثل أن يبيع سلعة من رجل ثم يبيعها من ثان ويحيل عليه بالثمن فلا خلاف أن الحوالة باطلة ويرجع المحال على المحيل. قاله ابن رشد في نوازله، ونقله في التوضيح والشامل وابن سلمون، ونص كلامه: سئل ابن رشد عمن باع حصة له من كرم وأحال عليه بالثمن فأثبت رجل أنه ابتاع الحصة من المحيل قبل بيعه واستحق الحصة وفسخ البيع. قال: إذا كان الأمر على ما وصفت فتنتقض الإحالة، ويرجع المحال بدينه [على[2112]] الذي أحاله، ولا يكون له قبل المحال عليه شيء لسقوط الثمن بالاستحقاق، وهذه المسألة خارجة عندي من الاختلاف لكون الاستحقاق فيها من جهة المحيل، بخلاف [ما[2113]] إذا لم يكن من جهته، وقد كنت سئلت عن هذه المسألة منذ مدة فأجبت فيها بمثل هذا الجواب في المعنى وإن خالفه في اللفظ .انتهى كلام ابن رشد. والله أعلم.

ص: **باب الضمان شغل ذمة أخرى بالحق** ش: قال المازري في شرح التلقين: الحمالة في اللغة والكفالة والضمانة والزعامة كل ذلك بمعنى واحد، فتقول العرب هذا كفيل وحميل وضمين وزعيم، هذه الأسماء هي [المشهورة،[2114]] وتقول العرب أيضا قبيل بمعنى ضمين، ومفهوم قوله: "شغل ذمة أخرى بالحق"، ومفهوم قوله بعد: "بدين لازم أو ءائل" أنه لا يصح التحمل عن السفيه إلا بما يلزمه من ذلك، وذلك أن ما [أخذه[2115]] السفيه أو اقترضه أو باع به شيئا من متاعه فلا يخلو إما أن

الحديث ....

[2110] – في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص95 وم34 ويحيى38 والشيخ72.

[2111] – في المطبوع على والشيخ72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص95 ويحيى38.

[2112] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص96 وم34 ويحيى38 والشيخ72.

[2113] *– ساقطة من المطبوع وم34 ويحيى38 والشيخ72 وما بين المعقوفين من سيد16.

[2114] – في المطبوع المشهور وما بين المعقوفين من ن م34 ويحيى38 والشيخ72 وأقره الشيخ محمد سالم.

[2115] *– في المطبوع وم34 وسيد16 والشيخ72 أخذ وما بين المعقوفين من يحيى38.

نص خليل ....

متن الحطاب يكون صرفه فيما لا بد [له[2116]] منه أو فيما هو [مستغن[2117]] عنه، فالأول يرجع [عليه[2118]] به على الراجح من القول، ويصح ضمانه [عنه،[2119]] ويرجع عليه الضامن في ماله إذا أدى عنه، وأما ما لا يلزم المحجور فلا يرجع به عليه، فإن ضمنه فيه إنسان رشيد فهل يلزم الضامن غرم أم لا؟ لا يخلو الضامن للمحجور والمضمون له المحجور [من أن[2120]] يعلما أنه محجور، أو لا يعلما، أو يعلم الضامن دون المضمون له، أو يعلم المضمون له دون الضامن، ففي الوجه الرابع لا يلزم الضامن شيء اتفاقا، وفي الثالث يلزمه ما ضمن اتفاقا، ويختلف في الوجهين الأولين، فعند ابن القاسم يلزمه وعند ابن الماجشون لا يلزمه، هذا ما حصله ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الحمالة، ولا شك أنه إذا ألزم الضامن غرم ما ضمن لا يرجع به على المحجور، ومن هذا الباب لو ضمن المحجور شخصا لشخص آخر ثم ضمن المحجور الضامن شخص آخر رشيد فضمان المحجور [لا يصح، و[2121]] لا يلزمه شيء، وهل يرجع رب الحق على الرشيد الذي ضمن له المحجور أو لا؟ يأتي التفصيل المتقدم.
قلت: وهذا يشكل على قولهم إذا برئ [الأصل[2122]] برئ الضامن، إلا أن يقال لما ضمن [مع علمه،[2123]] فكأنه متبرع بذلك الحق، وذكر اللخمي خلافا آخر، ونقله عنه القرافي، ونص كلام اللخمي في باب الحمالة من تبصرته: الكفالة على المولى عليه على ستة أوجه تلزم في ثلاثة، وتسقط في اثنين ويختلف في السادس، فإن كانت الكفالة في أصل العقد والحامل والمتحمل له عالمان بأنه مولى عليه، أو كان الحامل وحده عالما كانت الحمالة لازمة، وإن كان المتحمل له عالما دون الحميل كانت الحمالة ساقطة، وإن كانا يجهلان والكفالة بعد العقد كانت ساقطة أيضا، وإن [كانت[2124]] في أصل العقد وهما لا يعلمان أنه مولى عليه جرت على قولين. فقال عبد الملك في كتاب محمد: الكفالة لازمة، وعلى قول مالك لا يكون للحامل شيء، وعلى هذا يجري الجواب/ في الحمالة عن الصبي ينظر هل كانت في أصل العقد أو بعده؟ وهل يجهلان أن مبايعة الصبي ساقطة أم لا؟ أو كان [أحدهما يعلم[2125]] والآخر يجهل، وإن كانت تلك المداينة والمطالبة مما يلزم السفيه أو الصبي لأنها كانت في غير مغابنة وصرفاها فيما لا بد لهما منه من نفقة أو كسوة أو إصلاح متاع أو عقار جريا على حكم

97

الحديث ....

[2116] *- ساقطة من المطبوع ويحيى38 والشيخ72 وسيد16 وقد وردت في م34.
[2117] *- في المطبوع ويحيى38 مستغنى وما بين المعقوفين من م34.
[2118] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن م34 ويحيى38 والشيخ73 وأقره الشيخ محمد سالم.
[2119] *- في المطبوع منه وما بين المعقوفين من ن م34 ويحيى38 وأقره الشيخ محمد سالم.
[2120] *- في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من م34 ويحيى38 وسيد16 والشيخ73.
[2121] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص96 وم34 ويحيى38 والشيخ73.
[2122] - في المطبوع الاصيل وما بين المعقوفين من ن ذي ص96 وم34 والشيخ73.
[2123] - في المطبوع ما عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص96 وم34 والشيخ73.
[2124] - في المطبوع كان وم34 وما بين المعقوفين من ن ذي ص96 ويحيى38 والشيخ73.
[2125] - في المطبوع مما وم34 وما بين المعقوفين من ن ذي ص97 ويحيى38 والشيخ73.

نص خليل كَمُكَاتَبٍ وَمَأْذُونٍ أذِنَ سَيِدُهُمَا وَزَوْجَةٍ وَمَرِيضٍ بِثُلُثٍ وَاتُّبِعَ ذُو الرِّقِ بِهِ إنْ عَتَقَ.

متن الحطاب [البالغ الرشيد.[2126]] انتهى مختصرا. وانظر ما في النوادر، وانظر ابن فرحون في شرح ابن الحاجب. والله أعلم.

ص: **كمكاتب ومأذون أذن سيدهما** ش: لا حاجة إلى تقييد المأذون بأن لا يكون عليه دين يغترق ماله؛ لأن من عليه دين يغترق ماله لا تجوز كفالته وإن كان حرا، وهو خارج بقوله: "من أهل التبرع" ولا يقال تخصيصه المكاتب والمأذون له يقتضي أن غيرهما من المدبر وأم الولد والقن لا يجوز منهم ضمان وإن أذن السيد، مع أن ضمانهم بإذن السيد جائز كما صرح به في المدونة؛ لأنا نقول إنما قصد رفع توهم أنهما لا يحتاجان إلى إذن السيد؛ لأن المكاتب أحرز نفسه وماله والمأذون قد أذن له في المعاملة، وسيأتي كلام المدونة الموعود به عند قول المصنف: "واتبع ذو الرق بها إن عتق".

ص: **وزوجة** ش: فإذا تكفلت المرأة بشيء أكثر من ثلث [مالها[2127]] فلزوجها رد الجميع. قال في كتاب الحمالة من المدونة: وإن كاتبت أو تكفلت أو أعتقت أو [تصدقت[2128]] أو وهبت أو صنعت شيئا من المعروف، فإن حمل ذلك ثلثها وهي لا يولى عليها جاز ذلك وإن كره الزوج، وإن جاوز الثلث فللزوج رد الجميع وإجازته؛ لأن ذلك ضرر، إلا أن تزيد على الثلث كالدينار وما خف فهذا يعلم أنها لم ترد [به ضررا[2129]] فيمضي الثلث مع ما زادت. اهـ. ثم قال فيها: وإذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز تكفلت عنه أو عن غيره، وإن تكفلت عنه بما يغترق جميع ما لها فلم يرض لم يجز ذلك لا ثلث ولا غيره. اهـ.

وقال ابن عرفة: وإن تكفلت لزوجها ففيها. قال مالك: عطيتها لزوجها جميع مالها جائزة وكذلك كفالتها [عنه[2130]] الباجي: يريد بإذنه، وانظر ما نقله عن الباجي فهو ما تقدم في نص المدونة، فكيف ينقله عن الباجي؟ إذا علم ذلك فلا حاجة في كلام المصنف إلى تقييدها بكونها حرة وغير مولى عليها [لأنهما ليسا[2131]] [[2132]]من أهل التبرع ولا إلى التقييد بكونها لم تضمنه، فإن ضمنته جاز وإن استغرق ذلك جميع ما بيدها؛ لأن ذلك [إنما[2133]] يجوز بإذنه، وقد قال في المدونة في الكلام السابق: فإن تكفلت عنه بما يغترق جميع مالها فلم يرض لم يجز ذلك لا ثلث ولا غيره، فعلم أن الزوج وغيره في ذلك سواء، نعم يقيد كلام المصنف بأن لا تكون الزيادة على الثلث يسيرة كالدينار وما خف فيمضي ذلك كله. والله أعلم.

ص: [**واتبع ذو الرق به إن عتق**[2134]] ش: هذا إذا لم يرد ذلك السيد، وأما إذا رده فإنه يسقط عنهم وإن لم يصرح بإسقاطه عنهم؛ لأن رد السيد رد إبطال لا رد إيقاف. قال في المدونة: ولا يجوز لعبد ولا مكاتب ولا مدبر ولا أم الولد كفالة ولا عتق ولا هبة ولا صدقة ولا غير ذلك مما هو معروف

الحديث ....

2126 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 وم34 ويحيى39 والشيخ73.
2127 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد16 وم46 ويحيى39.
2128 - في المطبوع تصرفت وما بين المعقوفين من م46 وسيد16 ويحيى39.
2129 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 وم34 ويحيى39 والشيخ73.
2130 - في المطبوع ليست وما بين المعقوفين من ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم ب (ليستا) وهو الذي في يحيى39.
2131 - في المطبوع والشيخ74 لأنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 وم34 وسيد16.
2132 *- في المطبوع عند وما بين المعقوفين من يحيى39.
2133 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 وم34 ويحيى39 والشيخ74.
2134 *- في المطبوع واتبع به ذو الرق إن أعتق وما بين المعقوفين من م34 ويحيى39 والشيخ74 وفي سيد16 ان اعتق.

نص خليل وَلَيْسَ لِلسَّيِدِ جَبْرُهُ عَلَيْهِ وَعَنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ.

متن الحطاب عند الناس إلا بإذن السيد، فإن فعلوا بغير إذنه لم يجز إن رده السيد، فإن رده لم يلزمهم ذلك وإن [عتقوا،[2135]] وإن لم يرده حتى عتقوا لزمهم ذلك علم به السيد قبل عتقهم أو لم يعلم. قال أبو الحسن: جعل رد السيد هنا رد إبطال، ومثله في العتق، وجعله في كتاب الاعتكاف رد إيقاف. تقدم كلام المدونة [هذا[2136]] في آخر باب الحجر عند قول المصنف: "كعتق العبد". والله أعلم.

ص: **وليس للسيد جبره عليه** ش: قال اللخمي في تبصرته: فصل: وللسيد أن يجبر عبده على الكفالة إذا كان في يده مال بقدرها، واختلف إذا كان فقيرا وليس في يديه مال فقال ابن القاسم إنه لا يجبر، وقال محمد يجبر. اهـ. وكأنه المذهب، ونقله عنه ابن عرفة. ثم قال ابن عرفة: ولو أشهد سيده أنه ألزمه الكفالة لم تلزمه إلا برضاه. اهـ.

ص: **وعن الميت المفلس** ش: قال في المقدمات: الحمالة على مذهب مالك تجوز [عن[2137]] الحي والميت غير أنه إن تحمل عن الحي فأدى عنه كان له الرجوع/ عليه بما أدى عنه واتباعه به إن كان معدما كان تحمل عنه بإذنه أو بغير إذنه، وإن كان تحمل عن ميت لا وفاء له بما تحمل عنه لم يكن له أن يرجع بما أدى عنه في ماله إن طرأ له. اهـ. وفي السؤال الثالث من كتاب الحمالة من المازري عن التلقين: لم يختلف أحد من أهل العلم في جواز الحمالة عن الحي، موسرا كان أو معسرا، ولا في الحمالة عن الميت إذا كان موسرا، وإنما اختلفوا في الحمالة عن الميت إذا كان معسرا، فالجمهور على جواز الحمالة، وانفرد أبو حنيفة والثوري فمنعا ذلك. اهـ.

98

وقال ابن الحاجب: ولو تنازعا في أنه دفعه [محتسبا فالقول[2138]] قول الدافع إلا لقرينة. قال في التوضيح: يعني إذا أدى رجل عن رجل دينا ثم قام الدافع يطلب المال، وقال المدفوع عنه إنما دفعت عني على وجه المعروف احتسابا فالقول قول الدافع؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده، إلا أن تقوم قرينة تدل على كذب الدافع، كما إذا دفع عن الميت المفلس ثم طرأ له مال لم يعلم به وطلب الرجوع. ابن عبد السلام: إلا أن تقوى القرينة فينبغي أن يحلف الدافع، وحينئذ يأخذ ما دفع .اهـ.

فيؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه لو لم تقم قرينة بالكلية لصدق بلا يمين، وإذا قويت القرينة لا يصدق أصلا، وفي كتاب المديان من المدونة: ومن مات وعليه دين فتبرع رجل فضمن دينه فذلك لازم له، ولا رجوع له عن ذلك، فإن كان للميت مال رجع فيه بما أدى إن قال إنما أديت لأرجع في ماله، وإن لم يكن له مال والضامن عالم فإنه لا يرجع في مال إن ثاب للميت لأنه بمعنى الحسبة. قال أبو الحسن: التبرع ما كان من غير سؤال،[والتطوع[2139]] ما كان عن سؤال [قوله[2140]] والضامن

الحديث ....

[2135] *- في المطبوع اعتقوا وما بين المعقوفين من م34 والشيخ74 وسيد16.

[2136] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 وم34 والشيخ74.

[2137] - في المطبوع على وم35 ويحيى39 والشيخ74 وما بين المعقوفين من ن عدود ص97 والمقدمات ج2 ص378.

[2138] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص98 وم35 ويحيى39 والشيخ74.

[2139] - في المطبوع والنظر وما بين المعقوفين من ن عدود ص98 وم35 ويحيى39 والشيخ74.

[2140] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص98 وم35 ويحيى39 والشيخ74.

نص خليل وَالضَّامِنِ وَالْمُؤَجَّل حَالاً إنْ كَانَ مِمَّا يُعَجلُ وَعَكْسُهُ إنْ أيْسَرَ غَرِيمُهُ أوْ لَمْ يُوسِرْ فِي الأجَلِ وَبِالْمُوسِرِ أوْ بِالْمُعْسرِ لاَ الْجَمِيعِ بِدَيْنٍ لاَزِمٍ أوْ آئِلٍ إلَيْهِ لاَ كِتَابَةٍ بَلْ كَجُعْل.

متن الحطاب عالم جعل له الرجوع إلا أن يكون عالما بأنه لا مال له. وقال: ثاب أي ظهر. اهـ. ثم قال فيها: ومن ضمن لرجل ماله على ميت ثم بدا له فقد لزمه ذلك. قال أبو الحسن: اللخمي: وأرى إذا ضمن القضاء عن ميت وكان ظاهره اليسر، ثم تبين أنه معسر أن لا يكون عليه شيء لأنه يقول إنما تحملت لأرجع، ولو علمت أنه معسر لم أضمن. اهـ.

ص: والضامن ش: يعني أنه يصح الضمان عن الضامن. قال في المدونة: ومن أخذ من الكفيل كفيلا لزمه ما لزم الكفيل. اهـ. قال في الشامل: وإن كانا معا [بمال[2141]] غرمه الأول إن حل وغاب غريمه فإن أعدم فالثاني فإن غاب الأول أيضا فأحضر الثاني أحدهما موسرا بريء وإلا غرم، فإن غاب الكل [بدئ[2142]] بمال غريمه إن وجد، وإلا فالأول ثم الثاني، وإن كانا معا بوجه فغاب غريمه أحضره الأول وإلا غرم، فإن كان عديما بريء الثاني لحضور من ضمنه، وإن غاب الأول أيضا أحضر الثاني أحدهما، وإلا غرم، وإن غاب الكل أخذ من [مال[2143]] غريمه إن كان، وإلا فالأول ثم الثاني إن لم يثبت فقد غريمه مع الأول، وإن كان [الأول[2144]] بمال دون الثاني فغاب غريمه غرم الأول دون الثاني إن كان غريمه فقيرا، فإن غاب الأول أيضا فأحضر الثاني غريمه موسرا [أو الأول[2145]] مطلقا وإلا غرم، وإن غاب الثاني ووجد له مال أخذ منه إلا أن يثبت فقر الأول، وإن كان الأول بوجه دون الثاني فغاب غريمه [أحضره[2146]] الأول، وإلا غرم، فإن أعدم غرم الثاني، وإن غاب الأول أيضا بريء الثاني إن أحضر غريمه مطلقا [أو الأول موسرا،[2147]] فإن مات الغريم بريء الثاني لبراءة الأول، وكذا لو مات الأول على الأصح، ولو مات الثاني جرى على حكم حمل المال إذا مات على الأظهر. اهـ. وأصله للخمي، إلا أن كلام الشامل أخصر. والله أعلم.

99 ص: بدين لازم أو [ءائل[2148]] ش: هذا من أركان/ الضمان وهو المال المضمون. قال ابن عرفة: المضمون ما يتأتى [نيله[2149]] من الضامن أو ما يستلزمه فدخل الوجه وكل كلي إلا [الجزئي[2150]] الحقيقي كالمعين [من غير العين،[2151]] ولذا جازت بعمل المساقاة لأنه كلي حسبما دلت عليه

الحديث ....

[2141] - في المطبوع بحال وما بين المعقوفين من ن عدود ص98 وم35 ويحيى39 والشيخ75.

[2142] - في المطبوع برئ ويحيى39 والشيخ75 وما بين المعقوفين من ن عدود ص98 وم35.

[2143] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م47 ويحيى184 وسيد17.

[2144] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن م35 ويحيى39 والشيخ75 وأقره الشيخ محمد سالم.

[2145] - في المطبوع والأول والشيخ75 وما بين المعقوفين من ذي ص98 ويحيى39.

[2146] - في المطبوع أحضر وما بين المعقوفين من ن ذي ص98 وم35 ويحيى39 والشيخ75.

[2147] - في المطبوع والأول موسر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م35 ويحيى39 والشيخ75 وسيد17.

[2148] *- في المطبوع ويحيى40 ءايل وما بين المعقوفين من م35 والشيخ75 وسيد17.

[2149] - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 ويحيى40 والشيخ75.

[2150] *- في المطبوع الجزء وما بين المعقوفين من ن عدود ص99.

[2151] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 وم35 ويحيى40 والشيخ75.

نص خليل وَدَايِنْ فُلاَنًا وَلَزِمَ فِيمَا ثَبَتَ.

متن الحطاب أجوبتها مع غيرها، وتوقف فيه بعض [المفتين.[2152]]

ص: وداين فلانا ش: قال ابن عرفة: ومن تحمل لفلان بماله قبَل فلان في لزوم غرمه ما أقر به فلان بإقراره أو وقفه على ثبوته ببينة نقلا اللخمي قولي ابن القاسم في الدمياطية والمدونة قال: والأول أحسن في البزاز وما العادة المداينة فيه بغير بينة، وسمع عيسى رواية ابن القاسم من قال أنا حميل بما بويع به فلان لم يلزمه شيء مما بويع به إلا ببينة [لا بإقراره،[2153]] وكذا من شُكِيَ إليه مطل رجل فقال ما عليه علي لم يلزمه ما أقر به المطلوب إلا ما ثبت ببينة. ابن رشد: مثله قولها من قال لرجل بايع فلانا فما بايعته به من شيء فأنا ضامن ثمنه لزمه إذا ثبت ما بايعه به. زاد غيره على وجه التفسير: إنما يلزمه ما يشبه أن يداين بمثله المحمول عنه، ولا خلاف عندي فيه ولا في مسألة الشكوى.

وقال من أدركنا من الشيوخ: هاتان المسألتان خلاف دليل قولها فيمن قال لي على فلان ألفا درهم، فقال رجل أنا بهما كفيل فأنكر فلان أنه لا شيء على الكفيل إلا ببينة على الحق؛ لأن الذي عليه الحق قد جحده، فقوله: "لأن الذي عليه [الحق[2154]] قد جحده" يدل على أنه لو أقر لزمته الحمالة وليس بصحيح؛ لأن المسألتين مفترقتان من قال لمن قال لي على فلان ألف دينار أنا بها كفيل لزمت الكفالة بإقرار المطلوب اتفاقا، ولو قال لي على فلان حق فقال رجل أنا به [كفيل لم[2155]] تلزمه الكفالة بما أقر به المطلوب إلا ببينة قولا واحدا كمن قال لرجل أنا ضامن لما بايعت به فلانا أو لما بويع به، وما نقله عياض في قولها من ادعى على رجل حقا فأنكر أنه تلزمه الحمالة بإقرار المطلوب، وأخذ ذلك من دليل قولها لأن الذي عليه الحق يجحده، وأن عيسى سمع مثله [خلاف نقل[2156]] ابن رشد الاتفاق على عدم لزومه، وفي دعوى ابن رشد الفرق دون تبيينه نظر؛ لأن رد مستدل عليه بدعوى عارية عن دليل لغو. اهـ.

ونص كلام عياض المشار إليه من التنبيهات قوله في الكتاب فيمن ادعى قبل رجل حقا وهو منكر فقال له رجل أنا كفيل لك به إلى غد، فإن لم آتك به فأنا ضامن للمال، فلم يأت به في غد فلا يلزم الحميل شيء حتى يثبت الحق ببينة فيكون حميلا. ظاهر هذا اللفظ أن إقرار المنكر بعد لا يلزم الكفيل شيئا إلا بثبات البينة، وهو نص ما في كتاب محمد ومثله في سماع عيسى، وعلى هذا حمل بعضهم مذهب الكتاب، واستدل أيضا بقوله بعد هذا في مسألة بايع فلانا، وقيل [بل إقراره[2157]] كقيام البينة، وهو دليل الكتاب في المسألة الأخرى في قوله إن الذي عليه الحق قد جحده فدليله أنه لو أقر لزمه، ومثله في سماع عيسى أيضا. اهـ. وانظر لِمَ لَمْ يعارض ابن عرفة كلام ابن رشد بكلام اللخمي المتقدم، والظاهر أيضا أنه معارض للاتفاق الذي ذكره،

الحديث ....

[2152] *- في المطبوع المفتيين وما بين المعقوفين من ن عدود ص99.

[2153] - في المطبوع إلا باقراره وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 وم35 ويحيى40 والشيخ75.

[2154] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 وم35 ويحيى40 والشيخ75.

[2155] - في المطبوع فأنكر فلان أنه لا شيء على الكفيل لا تلزمه وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 وم35 ويحيى40 والشيخ75.

[2156] *- في المطبوع خلافا لنقل وما بين المعقوفين من م35 ويحيى40 والشيخ75 وسيد17.

[2157] - في المطبوع بإقراره وما بين المعقوفين من ن عدود ص99 وم35 ويحيى40 والشيخ76.

نص خليل وَهَلْ يُقَيَّدُ بِمَا يُعَامَلُ بِهِ تَأْوِيلاَنِ وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْمُعَامَلَةِ بِخِلاَفِ احْلِفْ وَأَنَا ضَامِنٌ بِهِ.

متن الحطاب وهذه المسألة في رسم الثمرة من سماع عيسى من الكفالة. ثم قال ابن عرفة: وهو بقية كلام ابن رشد ما نصه: وإنما اختلف فيمن قال أنا كفيل لفلان بألف دينار له على فلان في غرمها الكفيلُ ولو أنكر المطلوب، ثالثها إن كان عديما، وعلى الأول لا يلزم المطلوب غرم للحميل إلا ببينة لسماع يحيى ابنَ القاسم مع كتاب ابن سحنون ورواية أشهب وما يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات.

قلت: وفي الشفعة منها: من تكفل بنفس رجل ولم يذكر ما عليه جاز، فإن غاب المطلوب قيل للطالب أثبت حقك ببينة وخذه من الكفيل، فإن لم تقم بينة وادعى أن له على المطلوب ألف درهم فله أن

100 يحلف الكفيل على علمه، فإن/ نكل حلف الطالب واستحق. قلت: انظر هذا مع ما تقدم من قول ابن رشد: لم تلزم الكفالة بما أقر به المطلوب إلا ببينة قولا واحدا. اهـ. وقال في وثائق الجزيري: لا مطالبة لصاحب الدين للحميل إلا بعد ثبوت الدين، فإن عجز وزعم أن الحميل يعرف الدين حلف الحميل على علمه وبرىء، فإن نكل أو أقر حلف الطالب أن الحميل يعرف حقه قبل الغريم وغرم الحميل، فإذا وجد الحميل الغريم، فإن أقر له غرم، وإلا حلف وبرىء [وخسر[2158]] الحميل، ولا رجوع له على الطالب. اهـ.

فرع: قال المتيطي في عقد الوثيقة في الضمان ما نصه: بعد معرفة الضامن فلان بوجوب العدة [المذكورة[2159]] للمضمون له قبل المضمون عنه، ثم [قال:[2160]] فإن حضر المضمون عنه ضمنته في عقد الإشهاد، وإن لم يحضر فتكتفي بما ذكرنا في النص من معرفة الضامن بوجوب العدة له قبل الغريم فلان بإقراره بذلك أو يكون على أصل الحق بينة وحضوره أتم وأكمل. اهـ.

مسألة: إذا قال [لشخص[2161]] عامل فلانا فهو ثقة ذكر البرزلي في مسائل الحمالة فيه خلافا هل هو ضامن؟ ويفهم من كلامه أن المشهور عدم الضمان، وأنه من باب الغرور بالقول.

ص: **وهل يقيد بما يعامل به تأويلان** ش: التقييد بما يعامل به هو قول الغير في المدونة قال ابن عرفة: قال ابن عبد السلام: للشيوخ كلام في قول الغير هل هو تقييد أو خلاف؟ قال ابن عرفة: [قلت[2162]] لا أذكر من حمله على الخلاف، بل نص ابن رشد والصقلي على أنه وفاق. اهـ. وعمدة المصنف في ذكر التأويلين كلام ابن عبد السلام فيما يظهر فإنه نقله عنه في التوضيح، وبه فسر الشارحان التأويلين، فعلم أن جعله تقييدا هو المذهب والمعروف منه. والله أعلم.

ص: **بخلاف احلف وأنا ضامن** ش: قال ابن يونس: قال مالك فيمن قال لرجل [احلف أن[2163]] الذي تدعي قبل أخي حق وأنا ضامن ثم رجع أنه لا ينفعه رجوعه، ويلزم ذلك إذا حلف

الحديث ....

[2158] *- في المطبوع حبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص100.

[2159] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص100 وم35 ويحيى40 والشيخ76.

[2160] - في المطبوع قيل وما بين المعقوفين من ن ذي ص100 وم35 ويحيى40 والشيخ76 وسيد17.

[2161] - في المطبوع شخص وما بين المعقوفين من ن الزائد ص100 وم35 ويحيى40 والشيخ76.

[2162] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص100 وم36 والشيخ76.

[2163] - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص100 وم36 ويحيى40 والشيخ76.

نص خليل إِنْ أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْ ضَامِنِهِ وَإِنْ جُهِلَ أَوْ مَنْ لَهُ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ.

متن الحطاب الطالب، وإن مات كان ذلك في ماله، فإن أقر المطلوب بما غرم الحميل غرم له ذلك، وإن أنكره كان للحميل أن يحلفه، فإن نكل غرم وليس له أن يحلف الحميل؛ إذ لا علم عنده، ولا له أن يحلف الطالب لأنه قد حلف أولا وأشبهت يمينه يمين التهم التي بالنكول عنها يغرم. اهـ. من أبي الحسن.

ص: وإن أمكن استيفاؤه من ضامنه ش: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب. اهـ.

ص: وإن جهل ش: من صور هذه المسألة ما قال في المدونة: ومن قال لرجل ما ذاب لك قبَلَ فلان الذي تخاصم فأنا لك به حميل فاستحق قِبَلَهُ مالاً كان هذا الكفيل ضامنا له. قال في التنبيهات: ذاب بالذال المعجمة وألف ساكنة ومعناه ما ثبت لك وصح. اهـ. قال في التوضيح: إثر هذه المسألة، ولا إشكال إن ثبت الدين ببينة، وإن أقر له بعد الضمان فقولان، واستقرأهما عياض وغيره من المدونة. ابن المواز: وأما ما أقر به قبل الحمالة فيلزمه غرمه، وقيد ابن سحنون القول بأنه لا يلزمه بما إذا كان الغريم معسرا، وأما الموسر فلا تهمة فيه. اهـ. وهذا أيضا مخالف لما نقله ابن رشد من الاتفاق. والله أعلم. ومن صور المسألة ما ذكر المصنف في التوضيح وابن عرفة، وأصله في العتيبة، ونصه: قال في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من/ كتاب المديان: سئل مالك عمن هلك وعليه ثلاثة 101 آلاف دينار ولم يترك إلا ألفا ولم يترك وارثا إلا ابنا له فيقول ابنه لغرمائه خلوا بيني وبين الألف دينار التي ترك أبي وأنظروني بدين أبي إلى سنتين وأنا ضامن لكم جميع دين أبي، قال: أرأيت لو كان معه وارث غيره وترك مالا لا يعرف أنه وفاء أم لا؟ قلت له: قد سمعت منك قولا. قال: ما هو قلت له؟ قلت: إن كان على إن كان[2164] [فيه[2165]] فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين ورثته على كتاب الله فلا بأس به، وإن كان على أنه إن كان له فضل كان له بما ضمن من النقصان فلا خير فيه. قال: نعم. قلت له: إنما أردت منه أنه وارث واحد ولم يترك إلا ألفا وعليه ثلاثة آلاف وسأل أن يؤخروه على أنه ضامن فقال: أما مثل هذا فلا بأس به، وقد بلغني عن ابن هرمز مثل ذلك. ابن رشد: رأيت لابن دحون أنه قال: هذه مسألة ردية [لو لا[2166]] أنه تبع فيها ابن هرمز ما أجازها؛ لأنه أخذ عينا ليعطي أكثر منها إلى أجل، ولأنه ضمن ما على أبيه من دين، وهو مجهول إذ لو قدم غريم لم يعلم به للزمه دينه، ولو شرط أن لا يؤدي إلا لمن حضر لم يجز؛ لأن الغائب إذا قدم أخذ حصته وكله غرر، وقول ابن دحون هذا غير صحيح؛ إذ لا يصح أن يتأول على مالك ولا غيره من أهل العلم أنه أجاز هذه المسألة اتباعا [لابن هرمز[2167]] وهو يرى أنه كمن أخذ عينا ليعطي أكثر منه، وليضمن ما يطرأ على المتوفى من دين وهو مجهول؛ إذ لا يجوز عند أحد من العلماء أن يقلد العالم فيما يرى باجتهاده

الحديث ....

2164 *- علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا والمعنى (على أنه إن كان).

2165 - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص101 وم36 ويحيى41 والشيخ77.

2166 - في المطبوع قال لو وما بين المعقوفين من ن عدود ص101 وم36 ويحيى41 والشيخ77.

2167 - في المطبوع وم36 والشيخ77 لهرمز وما بين المعقوفين من ن عدود ص101 ويحيى41.

نص خليل

كَأَدَائِهِ رِفْقًا لاً عَنَتًا فَيُرَدُّ.

متن الحطاب

أنه [خطأ،[2168]] وإنما اختلفوا هل له أن يترك النظر في نازلة إذا وقعت ويقلد من نظر فيها واجتهد أم لا، ومذهب مالك الذي تدل عليه مسائله أن ذلك لا يجوز، فلم يتابع مالك ابن هرمز في هذه المسألة دون نظر بل رآها جائزة، وحكى إجازة ابن هرمز استظهارا واحتجاجا على من خالفه، والوجه في ذلك أن الألف دينار التي ترك الميت لم تدخل بعد في ضمان الغرماء [فيكونوا[2169]] قد دفعوها في أكثر منها إلى أجل بدليل أنها لو تلفت ثم طرأ للميت مال لكانت ديونهم فيه وكانت مصيبة الألف من الوارث، فلما كانت على ملك الميت جاز أن يحل الوارث فيها محله ويعمل مع الغرماء ما كان يجوز أن يعمله معهم لو كان حيا، ألا ترى أنه لو فلس فلم يوجد له إلا الألف دينار، وللغرماء ثلاثة آلاف دينار لجاز أن يتركوا له الألف ويؤخروه بحقوقهم حتى يتجر بها ويوفيهم ذلك ولم يكونوا إذا فعلوا ذلك أعطوا ألفا في أكثر منها إلى أجل وإن كانوا قد ملكوا أخذ الألف؛ إذ لم تحصل بعد في ضمانهم فلذلك خير الوارث، فهذا هو الذي ذهب إليه مالك، والذي يدل على ذلك من إرادته أنه لم يجز ذلك لأحد الورثة إذا كانوا جماعة إلا على أن يكون الفضل بينهم؛ لأن تجارته فيها إنما [هي[2170]] على ملك الميت، فهذا وجه قول مالك في هذه المسألة، وسيأتي في رسم البيوع من سماع أشهب مسألة من هذا المعنى سنتكلم عليها إن شاء الله تعالى. اهـ. وزاد في المسألة هناك أنه إذا طرأ غريم لزم الابن ضمان ماله. والله أعلم.

فرع: قال ابن يونس في كتاب الحمالة: قد تقدم أن الحمالة بالمال المجهول جائزة فكذلك الحمالة بالمال إلى أجل مجهول جائزة ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى. قال ابن القاسم: ومن قال لرجل إن لم يوفك فلان حقك فهو علي ولم يضرب لذلك أجلا تلوم له السلطان بقدر ما يرى ثم لزمه المال إلا أن يكون الغريم حاضرا مليا، وإن قال إن لم يوفك فلان حقك حتى يموت فهو علي فلا شيء على [الكفيل[2171]] حتى يموت الغريم يريد يموت عديما. ابن يونس: ولو مات الحميل قبل موت فلان وجب أن يوقف من ماله قدر الدين، فإن مات المحمول عنه عديما أخذ المحمول له ذلك المال الموقوف. اهـ. وفي المدونة: ولا بأس أن يتكفل بمال [إلى خروج[2172]] العطاء وإن كان مجهولا إن كان في قرض أو في تأخير بثمن بيع صحت عقدته، وإن كان في أصل بيع لم يجز إذا كان العطاء مجهولا.

102

اهـ. وفي اللخمي نحو ذلك، وكذلك في الذخيرة، وسيقول/ المؤلف: "أو إن مات".

ص: كأدائه رفقا ش: ظاهره أنه يلزم رب الدين قبوله، ولا كلام له ولا لمن عليه الدين، وهذا ظاهر إذا دعا أحدهما إلى القضاء، فإن امتنعا معا فالظاهر أنه لا يلزمهما حينئذ، ثم وقفت على كلام ابن عرفة الآتي عند قوله: "أو بتسليمه نفسه إن أمره به"، وهو نص في المسألة.

ص: لا عنتا ش: أي لا إن أدى عنه الدين ليعنته أي ليتعبه فإنه يرد. قال اللخمي: إلا أن يغيب

الحديث

....

2168 - في المطبوع أخطأ وما بين المعقوفين من ن عدود ص101 وم36 ويحيى41 والشيخ77.

2169 - في المطبوع فيكونون وما بين المعقوفين من م36 والشيخ77 وسيد19.

2170 - في المطبوع وم36 والشيخ77 ويحيى41 هو وما بين المعقوفين من ن ذي ص101 وسيد17.

2171 *- في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص101 وم36 والشيخ77 وسيد17 ويحيى41.

2172 - في المطبوع إلى الغريم وما بين المعقوفين من ن عدود ص101 وم36 ويحيى41 والشيخ77.

نص خليل كَشِرَائِهِ وَهَلْ إنْ عَلِمَ بَائِعُهُ وَهُوَ الأَظْهَرُ تَأويلاَنِ لاَ إن ادُّعِيَ عَلَى غَائِبٍ فَضَمِنَ ثُمَّ أَنْكَرَ أَوْ قَالَ لِمُدَّعٍ عَلَى مُنْكِرٍ إن لَّمْ آتِكَ بِهِ لِغَدٍ فَأَنَا ضَامِنٌ وَلَمْ يَأتِ بِهِ إن لَّمْ يَثْبُتْ حَقُّهُ بِبَيِّنَةٍ وَهَلْ بِإقْرَارِهِ تَأويلاَنِ كَقَوْلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَجِّلْنِي الْيَوْمَ فَإن لَّمْ أوَافِكَ غَدًا فَالَّذِي تَدَّعِيهِ عَلَيَّ حَق وَرَجَعَ بِمَا أدَّى وَلَوْ مُقَوَّمًا.

متن الحطاب الطالب بالمال فيقيم القاضي وكيلا يقتضي ذلك من الغريم. اهـ . ونقله أبو الحسن في كتاب المديان.

ص: **كشرائه** ش: أي لقصد الضرر. قال أبو الحسن: أداؤه عنه عنتا وشراؤه لقصد الضرر من أفعال القلوب، وهذا لا يعلم إلا بإقراره قبل ذلك أو بقرائن تدل الشهود على أنه قصد ذلك. اهـ.

ص: **إن لم يثبت حقه ببينة وهل بإقراره تأويلان** ش: الشرط وما بعده راجع للمسألتين قبله. انظر المدونة في الحمالة، وكلام أبي الحسن عليها [يفهم[2173]] منه ذلك.

ص: **كقول المدعى عليه أجلني اليوم فإن لم أوفك غدا فالذي تدعيه علي حق** ش: يحتمل أن يقرأ قوله أوفك بألف بعد الواو وتخفيف الفاء من الموافاة وهي الملاقاة، ويشير إلى ما قاله في مفيد الحكام لابن هشام، ومن كتاب الجدار: وسئل عيسى عن الخصمين يشترط أحدهما لصاحبه إن لم يوافه عند القاضي إلى أجل سمياه فدعواه باطلة إن كان مدعيا أو دعوى صاحبه حق إن كان مدعى عليه فيخلفه هل يلزمه هذا الشرط؟ فقال: لا يوجب هذا الشرط حقا لم يجب ولا يسقط حقا قد وجب وهذا باطل، وسئل عن الخصمين يتواعدان إلى الموافاة عند السلطان وهو على بعد منهما ليوم يسميانه، فيقول أحدهما لصاحبه إني أخاف أن تخلفني [فأتعب[2174]] [وأغرم كراء الدابة،[2175]] فيقول له صاحبه إن أخلفتك فعلي كراء الدابة ثم يخلفه. قال: لا أرى ذلك يلزمه. اهـ. ويحتمل أن يقرأ أوفك بإسقاط الألف وتشديد الفاء من الوفاء ونحوه في الحمالة من المدونة، ونصها: وإن أنكر مدعى عليه، ثم قال للطالب أجلني اليوم فإن لم أوفك غدا فالذي تدعيه قبلي حق فهذا مخاطرة ولا شيء عليه. ابن يونس: أي ولا شيء عليه إن لم يأت به إلا أن يقيم عليه بذلك بينة. اهـ . وقال أبو الحسن: لأنه قد لا يقدر أن يأتي به إذ يتعذر ذلك عليه. اهـ.

فرع: قال أبو الحسن الصغير في كتاب الخيار في شرح قوله: ولو شرط إن لم يأت بالثوب قبل غروب الشمس. الشيخ: وكذلك ما يقوله الناس/ اليوم من لم يحضر مجلس القاضي وقت كذا فالحق عليه [لا يلزم من[2176]] التزمه. اهـ.

103

فرع: قال في مفيد الحكام: لو قال لغريمه إن عجلت لي من حقي كذا وكذا فبقيته موضوعة عنك إما الساعة أو إلى أجل سماه فيعجل ذلك في الساعة أو في الأجل إلا الدرهم أو نصفه أو أكثر منه هل يلزمه الوضيعة؟ فقال عيسى في كتاب الجدار: ما أرى الوضيعة تلزمه إذا لم يعجل جميع حقه. اهـ. بالمعنى

ص: **ورجع بما أدى ولو مقوما** ش: قال ابن رشد في رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب

الحديث

2173 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص102 وم36 ويحيى41 والشيخ78.

2174 *– في المطبوع فانقلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص102.

2175 – في المطبوع واغرمك دابتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص102 وم36 ويحيى41 والشيخ78.

2176 – في المطبوع يلزمهما وفي يحيى41 والشيخ78 وسيد18 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص103.

نص خليل إنْ ثَبَتَ الدَّفْعُ.

متن الحطاب الحمالة أما إذا اشترى الكفيل العرض الذي تحمل به فلا اختلاف أعرفه في أنه يرجع على المطلوب بالثمن الذي اشتراه به ما لم يحاب البائع فلا رجوع له بالزيادة على القيمة. اهـ.

ص: إن ثبت الدفع ش: والدفع إنما يثبت بالبينة المعاينة للدفع أو بإقرار صاحب الدين، وأما إقرار المطلوب فلا يثبت به الدفع، فيفهم من كلام المؤلف أن الحميل لا يرجع إذا لم يكن [إلا إقرار[2177]] المضمون عنه بأنه دفع الحق للطالب إذا أنكر الطالب القبض وهو كذلك. قال في التوضيح: ولا أعلم في هذا خلافا إذا [أدى[2178]] الضامن ذلك بغير حضرة الغريم، وأما بحضرته فلابن القاسم في سماع عيسى أنه لا يرجع لتقصيره في الإشهاد، وله في سماع أبي زيد أنه يرجع؛ لأن التقصير كان من الغريم؛ لأن الحميل أداها عنه بحضرته. ابن رشد: والأول أظهر لأن المال للضامن فهو بالإشهاد على دفعه أحق. اهـ. [و[2179]]يشير بذلك لقوله في سماع عيسى: ولو أن الحميل دفعها من مال نفسه بحضرة الذي عليه الحق ثم جحد الذي قبضها أن يكون قبض شيئا والذي عليه الحق يشهد أنه [قد[2180]] [دفعها إليه[2181]] أخذت من الذي عليه الحق إن كان موسرا ولم يتبعه الحميل بشيء من العشرة التي دفع، [وكانت[2182]] مصيبة العشرة الأولى من الحميل.

قال ابن رشد: إذا دفع [الحميل[2183]] العشرة من ماله إلى الطالب بحضرة المطلوب ولم يشهد فجحد القابض فقال في هذه الرواية إن مصيبة العشرة دنانير من الحميل الدافع وتؤخذ العشرة من المطلوب، فإن لم تؤخذ منه على قوله وأخذت من الحميل ثانية رجع بها على المطلوب، وقال في سماع أبي زيد إنه إن أخذت من الحميل ثانية بحضرة المطلوب أيضا رجع عليه بعشرين، فإن لم تؤخذ منه ثانية على قوله وأخذت من المطلوب رجع بالعشرة الأولى على المطلوب، والمعنى[فيما[2184]] ذهب إليه في رواية أبي زيد هذه أنه رأى التقصير في ترك الإشهاد على [الدفع[2185]] كان من المطلوب إذا أداها الحميل عنه بحضرته إلى الطالب فجحدها؛ [لأن تلفها كان منه[2186]] [بتضييعه[2187]] الإشهاد فوجب أن يرجع بها [عليه،[2188]] ورأى في رواية عيسى [عنه[2189]] أن التقصير في ترك الإشهاد على [الدفع[2190]] كان

الحديث

2177 – في المطبوع الاقرار وم37 ويحيى42 والشيخ78 وما بين المعقوفين من ن عدود ص102.

2178 *- في المطبوع ادعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص103.

2179 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ78.

2180 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من عدود ص103 وم37 ويحيى42.

2181 – في المطبوع من مال نفسه بحضرة الذي عليه الحق وما بين المعقوفين من عدود ص103 ويحيى42 وم37.

2182 – في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من يحيى وسيد18 والشيخ78.

2183 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 والشيخ78 وم37 ويحيى42.

2184 – في المطبوع فيه ما وم37 ويحيى42 والشيخ79 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص103 والبيان ج11 ص317.

2185 – في المطبوع الدافع وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42.

2186 *- في المطبوع لأنه أتلفها عليه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج11 ص317.

2187 – في المطبوع بتضعيفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

2188 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص103.

2189 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42.

2190 – في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

نص خليل

وَجَازَ صُلْحُهُ عَنْهُ بِمَا جَازَ لِلْغَرِيمِ عَلَى الأَصَحِّ وَرَجَعَ بِالأَقَلِّ مِنْهُ أَوْ قِيمَتِهِ وَإِنْ بَرِئَ الأَصْلُ بَرِئَ لاَ عَكْسُهُ وَعُجِّلَ بِمَوْتِ الضَّامِنِ وَرَجَعَ وَارِثُهُ بَعْدَ أَجَلِهِ أَوِ الْغَرِيمِ إِنْ تَرَكَهُ وَلاَ يُطَالَبُ إِنْ حَضَرَ الْغَرِيمُ مُوسِرًا أَوْ لَمْ يَبْعُدْ إِثْبَاتُهُ عَلَيْهِ.

متن الحطاب

من [الحميل؛ [2191]] لأن المال ماله فهو أحق بالإشهاد لا من المطلوب الحاضر فلم ير له بها عليه رجوعا من أجل أنه هو أتلفها على نفسه، وهو الأظهر لأن المال ماله فهو أحق بالإشهاد على دفعه من المطلوب وإن كان حاضرا، فهذا معنى اختلاف قول ابن القاسم في هذه المسألة، وذهب بعض الناس إلى أن معنى اختلاف قول ابن القاسم غير هذا، ثم ذكره. ثم قال: وليس ذلك بصحيح، بل معناه ما ذكرناه. وبالله التوفيق.

تنبيه: هذا إذا دفع [الحميل المال [2192]] من مال نفسه، ولو دفعها الذي عليه الحق [للحميل [2193]] ليدفعها إلى صاحب الدين فدفعها له ثم أنكر، فإن دفعها بحضرة الذي عليه الحق فلا ضمان على [الحميل [2194]] الدافع، ويغرمها المطلوب ثانية بعد يمين الطالب الجاحد، فإن كان المطلوب عديما أو غائبا [أخذت [2195]] من الحميل ثانية [ولا يرجع الحميل بها على المطلوب لعلمه أنه لا شيء قبله، كما لو دفعها المطلوب نفسه من ماله بحضرة الحميل فجحد الطالب فأخذت من الحميل ثانية [2196]] لعدم المطلوب أو غيبته فإنه لا يرجع بها على المطلوب لعلمه أنه قد أداها، وإن دفعها الحميل من مال المطلوب بغير حضرة المطلوب [فهو [2197]] ضامن لرب المال، ويسوغ لرب المال تضمينه وإن علم أنه جحده لأنه أتلف عليه إذ لم يشهد على دفعه. اهـ من رسم أوصى لمكاتبه من سماع / عيسى من كتاب الحمالة. 104

ص: وجاز صلحه عنه بما جاز للغريم ش: تعقبه البساطي بقولها في كتاب الكفالة: ولا يجوز له صلح الكفيل بعد محل أجل السلم على مثل الكيل والجنس أجود صفة أو أدنى، ويجوز أن يأخذ من الغريم بعد الأجل مثل الكيل أجود صفة أو أردأ؛ لأن ذلك بدل وتبرأ ذمته، وفي [الكفيل [2198]] يدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن المطلوب مخير إن شاء أعطاه مثل ما أدى أو ما كان عليه. اهـ. قالوا والقياس أن ذلك جائز كما في الدنانير والدراهم.

ص: أو لم يبعد إثباته ش: كذا في بعض النسخ وهي الصواب؛ لأن المراد [أن [2199]] نفي مطالبة الضامن مشروط بأحد شيئين: إما حضور الغريم موسرا، أو غيبته إذا لم يبعد على الطالب إثبات حقه

الحديث ....

[2191] – في المطبوع الحامل وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

[2192] *- في المطبوع الحامل وما بين المعقوفين من ن عدود ص103.

[2193] *- في المطبوع الحامل وما بين المعقوفين من ن عدود ص103.

[2194] *- في المطبوع الحامل وما بين المعقوفين من ن عدود ص103.

[2195] – في المطبوع وأخذت وما بين المعقوفين من م37 والشيخ79 ويحيى.

[2196] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

[2197] – في المطبوع فهذا وما بين المعقوفين من ن الزائد ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

[2198] – في المطبوع الكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص103 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

[2199] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص104 وم37 ويحيى42 والشيخ79.

نص خليل

وَالْقَوْلُ لَهُ فِي مَلاَئِهِ وَأَفَادَ شَرْطُ أَخْذِ أَيِّهِمَا شَاءَ وَتَقْدِيمِهِ أَوْ إِن مَّاتَ كَشَرْطِ ذِي الْوَجْهِ أَوْ رَبِّ الدَّيْنِ التَّصْدِيقَ فِي الإِحْضَارِ.

متن الحطاب

بأن يكون له مال يعدى فيه وعلى النظر فيه.

فرع: قال في شرح رجز ابن عاصم لولد المصنف ما نصه: ومما يجب أن ينظر فيه [هنا سبق[2200]] عقد لازم للكفيل على عقد الكفالة يتعارض طلب [صاحب[2201]] العقد السابق مع طلب المتحمل له بالحمالة، ومقتضى المذهب إعمال العقد السابق، ففي النوادر: قال محمد بن عبد الحكم: من تكفل بوجه رجل فغاب الرجل، فأخذ به الكفيل فأقام [آخر[2202]] البينة على الكفيل أنه استأجره قبل ذلك أن يبني له داره أو يسافر معه إلى مكة فالإجارة أولى ولا يحبس في الدين؛ لأن الكفالة في الدين معروف تطوع به، ولو كانت ظئرا استؤجرت لرضاع قبل الكفالة لم تحبس في الكفالة أيضا، والرضاع أولى، فإذا انقضت أجرة الرضاع طولبت بالحمالة. اهـ . وسيأتي في باب الإجارة عن اللخمي شيء من هذا. والله أعلم.

105 ص: والقول له في ملائه ش: هذا خلاف ما استظهره/ ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الكفالة فإنه ذكر عن سحنون أن القول للطالب، إلا أن يقيم الحميل بينة بملاء الغريم. قال ابن رشد: وهو أظهر لقوله صلى الله عليه وسلم: {الزعيم غارم[1]} فوجب أن يغرم حتى يثبت ما يسقط ذلك عنه، ولكن المصنف في التوضيح استظهر القول الآخر بأن القول قول الحميل.

تنبيه: من كان القول قوله هل بيمين أولا؟ لم أر من صرح بشيء [في[2203]] ذلك والظاهر أنه لا يمين في ذلك، إلا أن يدعي عليه خصمه العلم، ويفهم ذلك من كلام المقدمات. قال فيها: قال سحنون القول قول المتحمل له، وعلى الكفيل إقامة البينة أن الغريم مليء، فإن عجز عن ذلك وجب عليه الغرم؛ لأنه قال إذا لم يعرف للغريم مال ظاهر فالحميل غارم.

ص: أو إن مات ش: قال في أواخر كتاب الحمالة من المدونة: وإن قال إن لم يوفك حقك حتى يموت [فهو عليّ[2204]] لا شيء عليه حتى يموت الغريم. انتهى. وتقدم ذلك في كلام ابن يونس عند قول المصنف: "وإن جهل" وأنه قيد ذلك بقوله يريد يموت عديما، ولو مات الحميل قبل موت فلان وجب أن يوقف من ماله بقدر الدين، فإن مات المحمول عنه عديما أخذ المحمول له ذلك المال الموقوف. انتهى. وتوقف الشيخ أبو إسحاق في هذا، ونصه: انظر لو مات الحميل هاهنا هل يؤخذ الحق من تركته على مذهب ابن القاسم [ويعجل[2205]] [للذي[2206]] له الدين كالحميل الذي لم [يشترط[2207]] شيئا وورثته يقولون إنه لم يوجب على نفسه حمالة إلا بعد موت فلان فيجب أن

الحديث

1- عن شرحبيل بن مسلم قال سمعت أبا أمامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها فقيل يا رسول الله ولا الطعام قال ذلك أفضل أموالنا ثم قال العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضيّ والزعيم غارم، أبو داوود في سننه، كتاب البيوع، دار إحياء السنة، رقم الحديث 3565.

2200 – في المطبوع وم37 هنا ما سبق وما بين المعقوفين من ن عدود ص104 وسيد18 ويحيى42 والشيخ79.

2201 – في المطبوع صاحبها ويحيى42 والشيخ79 وما بين المعقوفين من ن عدود ص104 وم37.

2202 – في المطبوع الآخر وم37 ويحيى42 والشيخ79 وما بين المعقوفين من ن عدود ص104.

2203 *– في المطبوع وسيد18 من وما بين المعقوفين من م37 والشيخ79 ويحيى42.

2204 *– في المطبوع فهو الغريم على وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 ويحيى42 وم37 والشيخ80.

2205 – في المطبوع ويجعل وم37 ويحيى42 وما بين المعقوفين من ن عدود ص105.

نص خليل وَلَهُ طَلَبُ الْمُسْتَحِقِّ بِتَخْلِيصِهِ عِنْدَ أَجَلِهِ لاَ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ.

متن الحطاب يوقف قدر الدين؟ قيل لأن من قال أنا حميل بفلان والدين إلى أجل معناه إن حل الأجل وهو عديم فهو إذا مات أيضا قبل الأجل لم يأت الوقت الذي تحمل إليه. انتهى. ونقله أبو الحسن.

ص: **وله طلب المستحق بتخليصه [عند[2208]] أجله** ش: كلامه رحمه الله صريح في طلب الضامن رب الدين بأن يتخلص دينه من الغريم إذا حل الأجل، ولا حاجة إلى أن يقال فيه، ظاهره سواء طلب الكفيل بما على الغريم أم لا، لأن الكفيل لا يتوجه عليه طلب في حضور الغريم [ويسره[2209]] غير أن قوله بعده: "لا بتسليم المال إليه" لا يلائمه كل الملاءمة لكن يتفرع عليه قوله بعد: "ولزمه تأخير ربه المعسر الخ"، ويشهد له كلام المدونة في هذه المسألة؛ أعني قوله ولزمه تأخير ربه، وقول

106 ابن عبد السلام في قول/ ابن الحاجب: للضامن المطالبة بتخليصه عند الطلب؛ يعني أن رب الدين إذا توجه له الطلب على غريمه فسكت عنه أو نص على تأخيره فللحميل أن لا يرضى بذلك، ويقول لرب الدين إما أن تطلب حقك من الغريم معجلا وإلا أسقط عني الحمالة؛ لأن في ترك المطالبة بالدين عند وجوبه ضررا بالحميل لاحتمال أن يكون الغريم موسرا الآن ويعسر فيما يستقبل، وإنما تصح المطالبة إذا كان الغريم موسرا، وأما إن كان معسرا فلا مقال للحميل؛ لأن الطلب لم يتوجه على الغريم في هذا الحال. انتهى. وأما طلب الضامن المديان بأن يخلص الدين الذي عليه فلم يتعرض له المصنف، وقال في الجواهر: للكفيل إجبار الأصل على تخليصه إذا [طولب[2210]] وليس له ذلك قبل أن [يطالب[2211]] .انتهى. ونقله القرافي في ذخيرته والمصنف في التوضيح.

قلت: وهو مخالف لقولها في السلم الثاني: وليس للكفيل أخذ الطعام من الغريم بعد الأجل ليوصله إلى ربه وله طلبه حتى يوصله إلى ربه ويبرأ من حمالته. انتهى. وهذا هو الملائم لقول المصنف: "لا بتسليم المال [إليه"،[2212]] فلو قال المصنف: وله طلب المديان بتخليصه عند أجله لا بتسليم المال إليه لكان حسنا.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح إثر نقله كلام الجواهر: وهذا إنما يأتي على قول مالك المرجوع إليه. انتهى. وكذا في النسخ التي رأيت المرجوع إليه، والصواب المرجوع عنه لأن المعنى إنما يستقيم كذلك إذ فرض المسألة أن للكفيل أن يطلب الأصل الذي هو الغريم بالدين إذا طولب به وليس له ذلك قبل الطلب، أما كون فرض المسألة كذلك فلأن لفظ الأصل إنما يطلق في الأغلب على الغريم، وأما كون الصواب أن يكون المرجوع عنه فلأن فرض المسألة أن الغريم [موسر،[2213]] وإذا كان موسرا فلا

الحديث ....

2206 *- في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص105.

2207 - في المطبوع يترك وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 وم37 ويحيى42.

2208 - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 وم37 ويحيى42 والشيخ80.

2209 - في المطبوع وليسره وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 وم37 ويحيى42 والشيخ80.

2210 - في المطبوع طلب وما بين المعقوفين من ن ذي ص106 وم38 ويحيى43 والشيخ80.

2211 *- في المطبوع يطلب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الجواهر ج2 ص660.

2212 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص106 ويحيى43 والشيخ80.

2213 - في المطبوع معسر وما بين المعقوفين من ن ذي ص106 وم38 ويحيى43 والشيخ80.

نص خليل وَضَمِنَهُ إنِ اقْتَضَاهُ لاَ أرْسِلَ بِهِ.

متن الحطاب يطالب الحميل إلا على القول المرجوع عنه لا على القول المرجوع إليه فتأمله. فلعل صاحب التوضيح فهم الأصل على [رب[2214]] الدين، وهو بعيد من لفظه.

الثاني: حمل المصنف في التوضيح أولا كلام ابن الحاجب المتقدم [على[2215]] المسألة الثانية وهي طلب الضامن المديان بأن يخلص الدين الذي عليه. ثم قال: وقال ابن عبد السلام: وذكر كلامه المتقدم برمته، وقال إثره: وحمل كلام المصنف على هذا أحسن لأنه المتبادر من الفهم. انتهى. والله أعلم.

الثالث: حمل الشارح كلام صاحب الجواهر على الفرع الذي ذكره المؤلف؛ وهو طلب الضامن رب الدين أن يخلص دينه وليس كذلك، بل كلامه إنما هو في طلب الضامن المدين كما تقدم. والله أعلم.

ص: **وضمنه إن اقتضاه لا أرسل به** ش: تصوره من الشارح واضح، ولرب الدين أن يطلب أيهما شاء كما صرح بذلك الرجراجي وغيره، ويفهم من كلامه في التوضيح، وقد أشبع الكلام عليها الرجراجي في شرحه على مشكلات المدونة، وهذه المسألة في السلم الثاني من المدونة فيمن أسلم في طعام وأخذ كفيلا، ونص كلام الرجراجي: لا يخلو قبض الكفيل الطعام من الذي عليه السلم من خمسة أوجه:

الأول: أن يقبضه على معنى الرسالة فلا يخلو الطعام من أن يكون قائما بيده أو فائتا، فإن كان قائما فالطالب مخير إن شاء اتبع الكفيل وإن شاء اتبع الأصل، ولا خلاف في ذلك، وإن فات الطعام فلا يخلو من أن يكون بتلف أو إتلاف، فإن كان بتلف فهو مصدق ولا ضمان عليه، ويبقى عليه الطلب بطريق الكفالة خاصة ثم يجري على الخلاف المعهود في الحمالة هل المطالبة على التبدئة أو التخيير؟ وإن كان بإتلاف من الكفيل فهو ضامن للأصل مثل ذلك الطعام، فإن غرم الكفيل الطعام للطالب فلا تراجع بينه وبين الأصل فإن غرمه للأصل فإنه يرجع على الكفيل بمثل طعامه وأخذ ثمنه إن باعه، ولا خلاف في هذا الوجه، وإن غرم الكفيل الطعام للطالب بعد أن باع ما أخذ من الأصل [فأراد الأصل[2216]] أن يدفع له مثل ما غرم من الطعام ويأخذ منه الثمن فليس له ذلك./ 107

الثاني: أن يقبضه على معنى الوكالة، فإذا قبضه برئت ذمة الوكيل قولا واحدا، فإن الطالب يجوز له بيعه بقبض الكفيل، فإن تعدى عليه الكفيل بعد صحة قبضه فالعداء على الطالب وقع بلا إشكال.

الثالث: أن يقبضه على معنى الاقتضاء إما بحكم حاكم على وجه يصح القضاء بذلك كما إذا غاب الطالب وحل الأجل وخاف الكفيل إعدام الأصل وإحداث الفلس، [وبهذا يأول[2217]] ما وقع في المدونة من قوله: قبضه بحكم قاض، أو يكون قبضه برضا الذي عليه الطعام بغير حكم، فالكفيل في هذا الوجه ضامن بوضع اليد على الطعام وذمته به أو بمثله عامرة حتى يوصله إلى الطالب وللطالب مطالبة من شاء منهما اتفاقا مع قيام الطعام بيد الكفيل وفواته، فإن غرم الأصل كان له الرجوع على الكفيل بطعامه أو مثله إن استهلكه أو بثمنه إن باعه إن شاء أخذ الثمن، ولا يجوز للطالب أن يبيعه

الحديث ....

2214 – في المطبوع أصل وما بين المعقوفين من م36 وسيد18 والشيخ80 ويحيى.
2215 *– في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص106 وسيد18 وم38 ويحيى43.
2216 – في المطبوع غرمه للاصل فاراد وما بين المعقوفين من ن عدود ص106 وم38 ويحيى43.
2217 – في المطبوع ليؤول وما بين المعقوفين من ن عدود ص107 وم38 ويحيى43.

نص خليل ....

متن الحطاب بذلك القبض إن كان قائما ولا أخذ ثمنه إن باعه؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه، فإن أخذ منه الطالب مثل طعامه بعد أن باع ما اقتضاه كان الثمن سائغا له، فإن أراد الأصل أن يدفع له مثل ما غرم من الطعام ويأخذ منه الثمن فليس له ذلك.

الرابع: إذا اختلفا في صفة القبض: الوكيلُ يدعي أنه قبضه على معنى الرسالة والأصل يقول بل على معنى الاقتضاء فقد اختلف المذهب فيه [على قولين[2218]] قائمين من المدونة: أحدهما أن القول قول الأصل، وهو قول مالك في كتاب القراض حيث قال: إذا قال القابض قبضته على معنى الوديعة، وقال رب المال بل قراضا إن القول قول رب المال والثاني أن القول قول القابض، وهو قول أشهب وغيره، وهو ظاهر المدونة في غير ما موضع وسبب الخلاف تعارض أصلين أحدهما أنهما قد اتفقا على أن المال المقبوض للدافع ولا شيء فيه للقابض، وقد أقر بقبضه ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه فكان الأصل أن لا يقبل منه إلا بدليل، والأصول موضوعة على أن وضع اليد في مال الغير بغير شبهة توجب الضمان، وبهذا القول قلنا القول قول الأصل والأصل الثاني أن الأصل في [الحظر[2219]] والإباحة إذا اجتمعا أن يغلب حكم [الحظر[2220]] والكفيل هاهنا قد ادعى قبضا صحيحا، والأصل قد ادعى قبضا فاسدا فوجب أن يكون القول قول القابض الذي هو الكفيل؛ لأن قوله قد أشبه وقد ادعى أمرا مباحا، والأصل قد ادعى الفساد لأن الكفيل لا يجوز له قبض الطعام من المكفول، وإنما عليه مطالبته ليدفع إلى الطالب لكي يبرأ من الكفالة، فإذا ادعى عليه أنه قبضه على الاقتضاء فقد ادعى أمرا محظورا فيوجب أن لا يصدق.

الخامس: إذا أبهم الأمر [وعري[2221]] القبض عن القرائن وقد مات الكفيل أو الأصل هل يحمل على الرسالة [حتى[2222]] يثبت القبض على الاقتضاء، أو يحمل على الاقتضاء حتى تثبت الرسالة؟ فهذا مما يتخرج به قولان. انتهى. ولم يذكر في الوجه الأول إذا قبضه على معنى الرسالة وادعى التلف أنه يحلف، وقال ابن رشد في شرح أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الكفالة: وإن قبض على معنى الرسالة فالضمان من الدافع، والمصيبة منه بعد يمين القابض على ما ادعاه من التلف ويبقى الحق عليهما على ما كان قبل. اهـ. وقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال ابن المواز: والقول قول الحميل في ضياعه بغير يمين؛ لأنه مؤتمن وإن اتهم أحلف. اهـ. فتأمله. وقال ابن رشد في الوجه الثاني: إذا قبضه على معنى الوكالة فهو مصدق على ما يدعي من التلف بعد يمينه إن اتهم كالمودع، وإذا صدق فيما يدعي من التلف وكانت المصيبة من الطالب برئ المطلوب وسقطت الكفالة، وهذا إذا كانت له بينة على معاينة الدفع، وأما إذا لم تكن له بينة فلا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف،

108 ولا اختلاف في هذا إلا أن يدخله الاختلاف بالمعنى من مسألة اللؤلؤ من كتاب/ الوكالات من

الحديث ....

2218 *- في المطبوع على معنى قولين وما بين المعقوفين من م38 ويحيى43 وسيد18 والشيخ81.

2219 - في المطبوع الحضر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 وم38 ويحيى43.

2220 - في المطبوع الحضر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 وم38 ويحيى43.

2221 - في المطبوع وعرا وما بين المعقوفين من م38 وسيد18 ويحيى والشيخ81..

2222 - في المطبوع حيث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 وم38 ويحيى43.

نص خليل ....

متن الحطاب المدونة، وإنما اختلف إذا غرم الدافع هل له أن يرجع على القابض أم لا؟ فقال مطرف [يرجع؛[2223]] لأنه فرط في دفع ذلك إلى الذي وكله حتى تلف. وقال لا يرجع حتى يتبين منه تفريط، وهذا إذا قامت بينة على الوكالة أو أقر بها، وأما إن ادعاها الوكيل فقيل القول قوله، وقيل القول قول الموكل. اهـ. وقوله في الوجه الثالث إذا قبضه على معنى الاقتضاء إن الكفيل ضامن، سواء قبضه بحكم حاكم أو برضا من عليه الحق في كلام الشيخ أبي الحسن [خلافه[2224]] لأنه قال قوله بقضاء سلطان.

قال عبد الحق: قال ابن وضاح إن سحنون أنكر هذا اللفظ وقال ليس للسلطان هنا حكم قال: ورأيت فيما أملاه بعض مشايخنا أنه قال معناه أن يكون الذي له الحق غاب غيبة بعيدة فحل الأجل فقام الكفيل على الذي عليه الحق وقال: أخشى أن تعدم إلى أن يقوم الذي [له الحق[2225]] فأغرم أنا فإن السلطان ينظر فإن كان الذي عليه الحق مليا فلا يكون للحميل عليه شيء، وإن كان يخاف عليه العدم، أو كان ملدا قضى عليه السلطان بالحق وأبرأه منه وجعل على يد رجل عدل أو على يد الكفيل إن كان ثقة، ونقله ابن محرز عن فضل بن مسلمة.

قال الشيخ: إلا أن في هذا إحالة للمسألة عن وجهها؛ إذ لا ضمان في هذا الفرض الذي ذكر، ومسألة الكتاب فيها الضمان فتأمل هذا.اهـ كلام الشيخ أبي الحسن الصغير. وما قاله أبو الحسن صرح به في الذخيرة في الحكم السادس والعشرين من الباب الثاني من كتاب الكفالة، [ونصه:[2226]] وإذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا أنه كثير اللدد والمطل مكن من ذلك، فإن كان الحميل أمينا أقر عنده، وإلا أودع لبراءة الحميل والغريم وضمان المال من الغائب؛ لأنه قبض له بالحاكم، وإن كان المطلوب مليا [وفيا[2227]] لا يؤخذ منه شيء لعدم الضرورة. اهـ.

تنبيهات: الأول: قال في المدونة في الوجه الثالث: [معناه[2228]] لو قضاه الغريم متبرعا أو باقتضاء من الكفيل. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: معنى [متبرعا[2229]] أنه اقتضاه فدفع ذلك إليه تبرعا ولم [يكلفه[2230]] أن يقضي عليه به سلطان، وأما لو لم [يقتضه[2231]] فتبرع [الغريم[2232]] بدفع ذلك إليه فظاهر هذا أنه على الرسالة. عبد الحق: إن قيل إذا قبضه الكفيل بأي شيء يعلم قبضه على الاقتضاء أو على الرسالة وهو قد قال، سواء تبرع بدفعه أو [اقتضاه عنه[2233]] الكفيل، فعلى أي وجه يحمل قبضه إياه إذا وقع مجملا فالجواب أنه إذا لم تكن له قرينة تدل على الاقتضاء

الحديث ....

2223 *- في المطبوع ويرجع وما بين المعقوفين من م38 ويحيى44 والشيخ82.
2224 - في المطبوع خلاف وما بين المعقوفين من م38 ويحيى وسيد19 والشيخ82.
2225 - في المطبوع عليه وم38 ويحيى44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108.
2226 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 ويحيى44.
2227 - في المطبوع وفيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 ويحيى44 والشيخ82
2228 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 108 وم39 ويحيى44.
2229 - في المطبوع تبرعا وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 108 وم39 ويحيى44 والشيخ82
2230 - في المطبوع يكفله وما بين المعقوفين من ن عدود ص108 وم39 ويحيى44 والشيخ82.
2231 - في المطبوع يقبضه ويحيى44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 والشيخ82.
2232 - في المطبوع للغريم وما بين المعقوفين من ن عدود ص108 وم39 ويحيى44 والشيخ82.
2233 - في المطبوع اقتضى عند وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 ويحيى44 والشيخ82.

نص خليل وَلَزِمَهُ تَأْخِيرُ رَبِّهِ الْمُعْسِرَ أَوْ الْمُوسِرَ إنْ سَكَتَ.

متن الحطاب أو الرسالة فهاهنا إن كان المطلوب قد تبرع بدفعه للكفيل حمل على الرسالة، وإن كان الكفيل اقتضاه فيه فهو على الاقتضاء فيضمنه، وإن قال له خذ على أني بريء منه أو نحو هذا من الكلام فهذه قرينة تدل على الاقتضاء، فيضمنه قابضه، وإن لم يسأله الكفيل بدأ فيه. اهـ. وقال الشيخ أبو إسحاق التونسي بعد أن ذكر كلام المدونة: وجه الاقتضاء أن يكون هو المقتضي له ليبرأ من حمالته وتبرأ ذمة الذي عليه الطعام، فكأنه يقول أنا [أصير[2234]] المطلوب دونك، فهذا [كأنه[2235]] أبرأ ذمة الذي عليه الطعام وصار هو المطلوب. اهـ.

الثاني: قد تقدم في كلام الرجراجي أنه لا يجوز للكفيل أن يأخذ الحق على وجه الاقتضاء من الغريم فاعلمه.

الثالث: قد تقدمت الإشارة إلى بعض عبارة التهذيب، فينبغي أن [نذكرها[2236]] بكمالها هنا [قال:[2237]] وإذا قبض الكفيل الطعام من الغريم بعد الأجل ليؤديه إليك فتلف عنده، فإن أخذه على الاقتضاء ضمنه قامت بهلاكه بينة أو لا كان مما يغاب عليه أولا قضاه ذلك الغريم متبرعا أو باقتضاء من الكفيل بقضاء سلطان أو غيره، وأما إن [قبضه[2238]] الكفيل بمعنى الرسالة لم يضمن. اهـ. قال أبو الحسن: إنما ضمنه إذا أخذه على وجه الاقتضاء لأنه تعدى فهو [ضمان[2239]] عداء فلذلك ضمنه ولو قامت البينة.

109 ص: **ولزمه تأخير ربه المعسر** ش: الهاء من لزمه عائدة على الضامن في/ موضع المفعول وتأخير هو فاعل لزمه، وهو مصدر مضاف إلى فاعله وهو ربه وهاء ربه عائدة على الدين، والمعسر صفة لمحذوف أي المدين المعسر، وهو مفعول المصدر، وإنما نبه على هذا لأن الكفيل يقول للغريم لما أن حل الأجل ووجدت الغريم [معسرا[2240]] كان حقك أن تطلبني فتأخيرك للغريم إسقاط للكفالة عني، فأفاد المصنف أن التأخير لازم له ولا تسقط عنه الكفالة، وهذه المسألة في آخر سماع أشهب من كتاب الحمالة. والله أعلم.

ص: **أو الموسر إن سكت** ش: قال في المدونة: وإن سكت الحميل وقد علم بالتأخير لزمته الحمالة. اهـ. قال أبو الحسن في التقاييد: سكت حتى حل الأجل، وانظر ما في التقاييد في كلام ابن رشد والمقصود أن يسكت قدر ما يرى أن سكوته رضا قال في العيوب في الجارية التي دلس البائع بحملها: قال أشهب: إلا أن يبادر بالطلب ولم يفرط عندما ظهر بها الطلق. اهـ. فتأمله وانظر إذا ادعى عليه أنه علم وسكت هل يحلفه أم لا؟

الحديث ....

[2234] – في المطبوع أحير ويحيى44 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 108 والشيخ82.

[2235] *– في المطبوع كله وما بين المعقوفين من الشيخ82 ويحيى42.

[2236] – في المطبوع وسيد19 يذكرها وما بين المعقوفين من ن ذي ص108 وم39 والشيخ82 ويحيى44.

[2237] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 ويحيى 44 والشيخ83.

[2238] *– في المطبوع أقبضه وما بين المعقوفين من م39 ويحيى44 والشيخ82 وسيد19.

[2239] – في المطبوع ضامن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 وم39 ويحيى44 والشيخ82.

[2240] – في المطبوع موسرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 وم39 ويحيى44.

نص خليل أَوْ لَمْ يَعْلَمْ إنْ حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يُؤَخِّرْهُ مُسْقِطًا وَإِنْ أَنْكَرَ حَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَسْقِطْ وَلَزِمَهُ وَتَأَخَّرَ غَرِيمُهُ بِتَأْخِيرِهِ إلاَّ أَنْ يَحْلِفَ.

متن الحطاب ص: **أو لم يعلم إن حلف أنه لم يؤخره مسقطا** ش: قال اللخمي في تبصرته: وإن لم يعلم الحميل بالتأخير حتى حل الأجل حلف الطالب أنه لم يؤخره ليسقط الكفالة ويكون على حقه، وهذا قول ابن القاسم، ومحمل قوله إن ذمة الغريم يوم حل الأجل الأول والثاني سواء، ولو كان موسرا يوم حل الأجل [الأول[2241]] ثم أعسر الآن لم يكن له على الحميل شيء لأنه فرط في حقه حتى تلف مال غريمه ولم يعلم الكفيل فيعد راضيا. اهـ فإن نكل عن اليمين سقطت الحمالة كما قاله ابن رشد وابن يونس وغيرهما، ونقله في التوضيح والشارح، وانظر لو أشهد رب الدين وقت التأخير أنه أخر المدين غير مسقط للحمالة هل لا يحتاج إلى حلفه؟ والظاهر أنه لا يحتاج إلى حلفه مع قيام البينة. والله أعلم.

ص: **وإن أنكر حلف أنه لم يسقط ولزمه** ش: أي وإن أنكر الضامن التأخير حين علم به حلف الطالب أنه لم يسقط الحمالة ولزم الضمان الضامن وسقط التأخير ويبقى الحق حالا، فإن نكل لزمه التأخير وسقطت الكفالة. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة، [وقال غيره في المدونة[2242]] الكفالة ساقطة بكل حال أي سواء حلف أو نكل، وقيل إنها لازمة بكل حال. هكذا نقل ابن رشد في آخر سماع أشهب من كتاب الحمالة، ونقله عنه ابن عرفة ونصه: وإن أخره مليا فأنكر حميله ففي سقوط حمالته وبقائها ثالثها إن أسقط الحمالة صح تأخيره وإلا حلف ما أخر إلا على بقائها وسقط تأخيره، وإن نكل لزمه وسقطت الكفالة للغير فيها وغيره وابن القاسم فيها. اهـ غير أنه وقع في النسخة التي رأيت من البيان إثر قوله: وإن نكل لزمه التأخير والكفالة ساقطة بكل حال، وكذا نقله عنه أبو الحسن وصاحب الذخيرة، وقوله بكل حال مشكل لاقتضائه سقوط الكفالة مع حلفه أيضا، ولا فرق حينئذ بينه وبين القول الثاني: ونقل في التوضيح كلام ابن رشد بلفظ والكفالة ثابتة بكل حال إثر قوله وإن نكل حلف، واستشكله بأنه مثل القول الثالث، وكذا نقله الشارح في غالب نسخه وهو مشكل فإنه يقتضي أن مذهب ابن القاسم لزوم الكفالة إذا نكل وليس كذلك، ونص كلام التوضيح المذكور الذي نقله عن البيان: الأول أن يعلم فينكر فلا يلزمه تأخير الطالب، ويقال له إما أن تسقط الكفالة وإلا فاحلف أنك ما [أخرته[2243]] إلا على أن يبقى الكفيل/ على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، وإن نكل لزمه التأخير والكفالة ثابتة على كل حال. هذا مذهب ابن القاسم في المدونة وإن [كان[2244]] سكت فيها عن اليمين، وقال غيره في المدونة الكفالة ساقطة بكل حال، وقيل إنها لازمة بكل حال [خليل[2245]] انظر هذا فإن [الظاهر أنه[2246]] كالقول الأول. اهـ هكذا في نسختين من التوضيح،

110

الحديث

[2241] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 وم39 ويحيى44.

[2242] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 وم39 ويحيى44 والشيخ83.

[2243] - في المطبوع أخذته وم39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص109 ويحيى44.

[2244] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 110 وم39 ويحيى44 والشيخ83.

[2245] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص110 ويحيى45 والشيخ83.

نص خليل وَبَطَلَ إنْ فَسَدَ مُتَحَمَّلٌ بِهِ.

متن الحطاب وكذا نقله البساطي؛ أعني [أن[2247]] القول الأول ثابتة بكل حال والثاني ساقطة والثالث لازمة، واستشكله البساطي من وجه آخر، ونص كلامه بعد ذكره قول ابن القاسم الأول أنها ثابتة بكل حال.
قلت: فيه شيء؛ لأن يمينه كانت على أنه إنما قصد بالتأخير الكفالة، فإذا نكل كان القياس أن تسقط الكفالة، وهو مذهب غير ابن القاسم في المدونة. اهـ. واستشكاله هذا يرتفع بما تقدم عن البيان من أن الموجود فيه [إنما هو[2248]] ساقطة بكل حال لا ثابتة، ويبقى الإشكال من الوجه الذي ذكره في التوضيح، لكن [على[2249]] ما في البيان يبقى القول الثاني كأنه الأول لا كما استشكله المصنف من كون القول الثالث كالأول، ولكن [يزول[2250]] الإشكال من واحدة بزوال قوله في كل حال من القول الأول على ما في البيان، والظاهر أنه في النسخ الصحيحة كذلك؛ لأن ابن عرفة كذلك نقله كما تقدم، وكأن القول الأول الذي لابن القاسم يفرق بين أن يحلف فلا تسقط الكفالة ويسقط التأخير، وبين أن ينكل فتسقط الكفالة ولا يسقط التأخير، والقول الذي للغير يقول الكفالة ساقطة في كلا الوجهين بمجرد التأخير، والثالث يقول ثابتة في كلا الوجهين. والله أعلم.
ص: **وبطل إن فسد متحمل به** ش: هذا أحد الأقوال الثلاثة التي ذكرها في التوضيح، وهي في البيان. قال في البيان في رسم العرية من سماع عيسى من الكفالة بعد أن ذكر الخلاف: وهذا الاختلاف كله إنما هو إذا كانت الكفالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقد البيع الفاسد فهي ساقطة قولا واحدا. هذا تحصيل القول في حكم الكفالة في اللزوم إذا وقع الفساد بين المتبايعين، وأما إن وقع بين الكفيل [وبينهما أو بينه وبين الطالب منهما، أو بينه وبين المطلوب منهما بعلم الطالب فالكفالة ساقطة فإن [وقع[2251]]الفساد بين الكفيل[2252]] والمطلوب بغير علم الطالب لزمته الكفالة. اهـ. وهذا الأخير مما يدخل تحت قول المصنف: "أو [فسدت[2253]] بكجعل".
فروع: الأول: قال في الذخيرة في باب الحجر: فرع: في النوادر قال عبد الملك: إذا بعت مولى وأخذت حميلا بالثمن فرد ذلك السلطان وأسقطه عن المولى فإن جهلت أنت والحميل حاله لزمت الحمالة لأنه أدخلك فيما لو شئت كشفته، وإن دخلت في ذلك بعلم سقطت الحمالة علم الحميل أم لا لبطلان أصلها.
الثاني: قال في رسم باع شاة من السماع المذكور: وسئل عن [نصراني[2254]] سلف نصرانيا خمرا أو خنزيرا وتحمل له نصراني بالخمر والخنزير فأسلم الحميل وأعدم الذي عليه الحق قال فليس على

الحديث ....

2246 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 ويحيى45 والشيخ83.
2247 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 ويحيى45 والشيخ83.
2248 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص110 والشيخ83 ويحيى45.
2249 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 وم39 ويحيى45 والشيخ84.
2250 - في المطبوع يزيل وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 110 وم39 ويحيى45 والشيخ84.
2251 - ساقطة من ن عدود ص110 وقد وردت في م39 وسيد19 ويحيى.
2252 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 وم39 ويحيى45 والشيخ84.
2253 - في المطبوع فسد وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 110 وم40 ويحيى45 والشيخ84.
2254 *- في المطبوع النصراني وما بين المعقوفين من م40 ويحيى45 والشيخ84 وسيد19.

نص خليل

أَوْ فَسَدَتْ كَبِجُعْلٍ مِنْ غَيْرِ رَبِّهِ لِمَدِينِهِ وَإِنْ ضَمَانَ مَضْمُونِهِ إلاَّ فِي اشْتِرَاءِ شَيْءٍ بَيْنَهُمَا أَوْ بَيْعِهِ كَقَرْضِهِمَا عَلَى الأَصَحِّ وَإِنْ تَعَدَّدَ حُمَلاَءُ اتَّبَعَ كُلٌّ بِحِصَّتِهِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ حَمَالَةَ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ كَتَرَتُّبِهِمْ وَرَجَعَ الْمُؤَدِّي بِغَيْرِ الْمُؤَدَّى عَنْ نَفْسِهِ بِكُلِّ مَا عَلَى الْمَلْقِيِّ ثُمَّ سَاوَاهُ فَإِن اشْتَرَى سِتَّةٌ بِسِتِّمِائَةٍ بِالْحَمَالَةِ فَلَقِيَ أَحَدَهُمْ أَخَذَ مِنْهُ الْجَمِيعَ ثُمَّ إنْ لَقِيَ أَحَدَهُمْ أَخَذَهُ بِمِائَةٍ ثُمَّ بِمِائَتَيْنِ فَإِنْ لَقِيَ أَحَدُهُمَا ثَالِثًا أَخَذَهُ بِخَمْسِينَ وَبِخَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ فَإِنْ لَقِيَ الثالِثُ رَابِعًا أَخَذَهُ بِخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ وَبِمِثْلِهَا ثُمَّ بِاثْنَيْ عَشَرَ وَنِصْفٍ وَبِسِتَّةٍ وَرُبْعٍ وَهَل لاَ يَرْجِعُ بِمَا يَخُصُّهُ أَيْضًا إذَا كَانَ الْحَقُّ عَلَى غَيْرِهِمْ أولا وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُ تَأْوِيلاَنِ وَصَحَّ بِالْوَجْهِ.

متن الحطاب

الحميل الذي أسلم شيء ويتبع النصراني غريمه النصراني. قال ابن القاسم: وكل حمالة كان أصل شرائها حراما فليس على المتحمل مما تحمل شيء. اهـ.

الثالث: قال ابن عرفة قبل تراجع الحملاء: ابن حارث: لا تجوز حمالة المكاتب اتفاقا، ولو تحمل مع حر بحق على أن كل واحد حميل بالآخر ففي لزوم [الحر[2255]] كل الحق أو [شطره[2256]] قولا ابن عبد الحكم ونقله. اهـ.

الرابع: قال في رسم أسلم من السماع المذكور في رجل أسلف رجلا دينارا إلى أجل وأخذ به حميلا، فلما حل الأجل جعلا الدينار في عشرة أرادب إلى الغلة فلقي الحميل،فقال قد برئت ذمتك من الدينار الذي تحملت لي به وأشهد بالبراءة،ثم رجع فقال هذا مكروه، ولم أعلم وتعلق بالحميل. قال ليس له أن يرجع على الحميل وقد بريء من الحمالة ولا ينفعه ما جهل من ذلك ولا ينفعه الحرام الذي دخل فيه ويرجع على صاحبه والحميل بريء. قال ابن رشد: إنما بطلت الحمالة بالدينار من أجل أنه أبرأ منها بما ظن من جواز فسخ الدينار في الشعير إلى أجل فلم يعذره بالجهالة، وهو أصل مختلف فيه فيأتي على القول أنه يعذر بها إذا/ كان ممن يمكن أن يجهل ذلك بعد أن يحلف ما أبرأه إلا وهو يظن أن الدينار قد بطل، وهذا نحو ما يحكي ابن حبيب عن أصبغ في الحميل بما على الغريم إذا أخذ [الذي[2257]] له الحق من الغريم عبدا بالحق ثم استحق ذلك العبد من يده فرجع إلى الغريم بما كان عليه فلا سبيل إلى الحميل وقد بريء الحميل حين أخذ من الغريم بالحق ما أخذ. وبالله التوفيق. انتهى.

111

ص: **أو فسدت بكجعل من غير ربه لمدينه** ش: هذا هو الموجود في غالب النسخ،ومعناها فاسد كما يفهم من كلام ابن غازي، فالنسخة/ الصحيحة هي النسخة الأولى التي ذكرها ابن غازي، ونص كلامه: كذا في كثير من النسخ غير بالغين المعجمة والياء والراء وكمدينه بالكاف التي للتشبيه، فهو كقوله في توضيحه: لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلا، سواء كان من رب الدين أو من المدين أو غيرهما،

112

الحديث

[2255] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 وم40 ويحيى45 والشيخ84.

[2256] – في المطبوع شرطه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 وم40 ويحيى45 والشيخ84.

[2257] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 وم40 ويحيى45 والشيخ84.

نص خليل ....

متن الحطاب
وفي بعض [النسخ:[2258]] وإن من عند ربه لمدينه بلفظ عند بالعين المهملة والنون والدال ولمدينه باللام، وصوابه على هذا أن يقول لا من عند ربه لمدينه بلا النافية حتى يكون موافقا لقوله في التوضيح: اختلف إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئا على أن يعطى حميلا، فأجازه مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم، وعن أشهب في العتبية أنه لا يصح، وعنه أيضا أنه كرهه، وقال اللخمي وغيره الجواز أبين. انتهى. وهاتان النسختان اللتان ذكرهما غير مشهورتين، والنسخة المشهورة من غير ربه لمدينه كما ذكرته أولا بإسقاط وإن وغير بالغين المعجمة والياء والراء ولمدينه بلام الجر، وهذه النسخة معناها فاسد؛ لأنها تدل على أن الضمان يفسد إذا دفع غير رب الدين للمديان جعلا على أن يعطي لرب الدين حميلا، وهذا لا يصح؛ لأنه تقدم في كلام ابن غازي أن الجعل لو كان من رب الدين للمديان لصح فأحرى إذا كان من غيره، ولو كان بدل اللام كاف لصحت لأنها ترجع إلى الأولى غير أنه يدعي فيها أنه إذا كان الجعل من عند ربه أحرويا، فأولى النسخ وأحسنها النسخة الأولى التي ذكرها ابن غازي، ويدخل في قوله: "بكجعل" جميع الصور التي لا [تجوز[2259]] فيها الحمالة لدخول الفساد بين الكفيل والطالب أو المطلوب كما تقدم في كلام ابن رشد. / 113

تنبيه: ظاهر كلام المؤلف أن الضمان يسقط في جميع الوجوه، ونقل ابن عرفة عن اللخمي خلافه، وفصل فيه، ونصه: والضمان بجعل لا يجوز. ابن القطان عن صاحب [الإنباه[2260]]: إجماعا. اللخمي: من جعل لرجل دينارا ليتحمل له بثمن ما باعه لأجل بطلت الحمالة والجعل لا البيع لأن المشتري لا مدخل له فيما فعلاه، ولو كان الجعل من المشتري ولا علم للبائع صح البيع ولزمت الحمالة؛ لأنه غره حتى أخرج سلعته، ولو علم البائع ففي سقوط الحمالة قولا ابن القاسم ومحمد قائلا: إن لم يكن للبائع في ذلك سبب. اللخمي: وعلى الأول يخير البائع في إمضاء البيع دون حمالة وفسخه ولو جهلا حرمته فلأصبغ لا شيء على الحميل، وعلى قول محمد تلزم الحمالة إن لم يكن للبائع في ذلك سبب، ويختلف على هذا إن باع سلعته من رجل على أن يزن عنه فلان ثمنها بجعل من المشتري فلا يجوز على قول ابن القاسم أن يطلب فلانا بالثمن إن علم ذلك لأنه سلف بزيادة وله أخذ سلعته إن عجز المشتري عن ثمنها، وعلى قول محمد يمضي ويلزم فلانا.

[قلت:[2261]] يريد ويسقط الجعل. قال: والأول أحسن، ولمحمد عن مالك وابن القاسم وأشهب وغيرهم من قال لرجل ضع من دينك عن فلان وأتحمل لك بباقيه لأجل آخر لا بأس به لأن له أخذه بحقه حالا، روى أشهب عنه جوازه وكراهته، وقال مالك في العتبية: لا يصلح كمن قال أعطني عشرة دراهم وأتحمل لك فالحمالة على هذا حرام، والأول أبين، ولابن القاسم في العتبية لا بأس أن تقول خذ هذه العشرة دنانير وأعطني بما عليك حميلا ورهنا، وعلى أحد أقوال مالك لا يجوز، ولو قال أتحمل لك على أن تعطي فلانا غير الغريم دينارا لم يجز، ولمحمد عن أشهب من له على رجل عشرة دنانير لأجل فأسقط عنه قبل الأجل دينارين على أن يعطيه بالباقي رهنا أو حميلا فلا بأس

الحديث ....

2258 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 وم40 ويحيى45 والشيخ84.
2259 - في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من سيد19 ويحيى.
2260 - في المطبوع الإنباء وما بين المعقوفين من يحيى45.
2261 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 وم40 ويحيى45 والشيخ84.

نص خليل ....

متن الحطاب به، وقال ابن القاسم لا يجوز اللخمي لأن أخذه الحميل خوف عسر الغريم عند الأجل فيجب تأخيره فأخذه الحميل بما وضع مثل ضع وتعجل. انتهى. وسيأتي لفظ اللخمي، وفي شرح أول مسألة من كتاب الكفالة من البيان خلافه أيضا، ونصه: إذا تحمل الرجل بجعل يأخذه من الطالب أو من المطلوب بعلم الطالب سقطت الحمالة ورد الجعل، وأما إن تحمل بجعل يأخذه من المطلوب بغير علم الطالب فالجعل ساقط، والحمالة لازمة. قاله مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأصبغ في الواضحة وابن القاسم فيها، وفي كتاب ابن المواز: وكذا إذا التزم العهدة عن البائع للمشتري بجعل يأخذه من المشتري أو من البائع بعلم المشتري فالجعل مردود والالتزام ساقط، [فترجع العهدة على البائع، وأما إن كان الجعل من البائع بغير علم المشتري، فالجعل لازم والالتزام لازم.[2262]] انتهى.

وانظر قوله: "فالجعل لازم" والظاهر أنه سقط منه لفظة غير، فقد قال اللخمي: إذا كان الجعل تصل منفعته للحميل رد الجعل قولا واحدا، ويفترق الجواب في ثبوت الحمالة وسقوطها وفي صحة البيع وفساده، وذلك على ثلاثة أوجه فتارة تسقط الحمالة ويثبت البيع وتارة تثبت الحمالة والبيع والثالث مختلف فيه في الحمالة والبيع جميعا [فإن[2263]] كان الجعل من البائع [كان[2264]] جعل لرجل دينارا ليتحمل له بما يبيع به سلعته من فلان كانت الحمالة ساقطة لأن محلها محل البيع؛ لأنها حمالة بعوض فإذا لم يصح للحميل العوض لم تلزمه الحمالة والبيع صحيح؛ لأن المشتري لا مدخل له فيما فعله البائع مع الحميل وإن كان الجعل من المشتري فقال له تحمل عني بما أشتري به هذه السلعة ولك دينار والبائع غير عالم بما فعلاه كان البيع جائزا، والحمالة لازمة لأنه غره حتى أخرج سلعته، واختلف إذا علم البائع فقال ابن القاسم في كتاب محمد: إذا كان ذلك بعلم صاحب الحق سقطت الحمالة يريد ويكون بالخيار في بيعه بين أن يجيزه بغير حميل أو يرده، وقال محمد الحمالة لازمة وإن علم إذا لم يكن لصاحب الحق في ذلك سبب، [ويختلف إذا جهلا تحريم ذلك فقال أصبغ في كتاب محمد لا شيء على الحميل، وعلى قول محمد يلزمه إلا أن يكون له في ذلك[2265]] سبب. انتهى.

وقد حمل الشارح كلام المصنف على أن الحمالة تبطل مطلقا، وعطف عليه بقيل التفصيل بين أن يعلم أو لا يعلم مشى على ذلك في شرحه الأوسط والأصغر وفي الشامل، بل كلامه في/ الشامل مضطرب لا يفهم؛ لأنه قال مشبها في الفساد: كجعل من غير ذي دين لغريم، وقيل إن علم رب الدين، وإلا لزم، والجعل مردود مطلقا، ولو دفع الطالب للغريم شيئا ليأتيه بحميل جاز على الأصح، وثالثها يكره. انتهى. وقد علمت أنه إذا لم يعلم صاحب الدين فلا تسقط الحمالة كما تقدم. والله أعلم. 114

فرع: قال في أحكام ابن سهل في ترجمة امرأة تزوجت رجلا له ولد: وفي وثائق ابن العطار إذا انعقدت المبارأة بضمان الأب أو غيره [بالحق من[2266]] درك فثبتت عليها ولاية أو غيرها مما يسقط

الحديث ....

2262 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 وم40 ويحيى46 والشيخ85.
2263 – في المطبوع فإذا وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 113 وم40 ويحيى46 والشيخ85.
2264 – ساقطة من المطبوع وم40 ويحيى46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 والشيخ85.
2265 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 وم40 ويحيى46 والشيخ86.
2266 – في المطبوع أو غيره من درك وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86 .

نص خليل وَلِلزَّوْجِ رَدُّهُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَبَرِئَ بِتَسْلِيمِهِ لَهُ وَإِنْ بِسِجْنٍ أَوْ بِتَسْلِيمِهِ نَفْسَهُ إِنْ أَمَرَهُ بِهِ إِنْ حَلَّ الْحَقُّ وَبِغَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ إن لَّمْ يُشْتَرَطْ.

متن الحطاب عنها الالتزام لزم ذلك الضامن وقضي عليه به، وأنكر أبو عبد الله [ابن[2267]] الفخار قوله هذا، وقال إذا سقط الالتزام عن المضمون بثبوت ضرر سقط عن الضامن؛ [إذ[2268]] لم يرتبط بذمتها حق لأنه قد ثبت ما أسقط عنها، وكذلك الضامن لأنه [إنما[2269]] ضمن ما ظنه لازما للمضمون عنها، وإذا سقط الأصل فالفرع أولى بالسقوط. انتهى. [فكأن[2270]] ابن الفخار أنكر عموم قوله أو غيرها فأخرج من ذلك ثبوت الضرر وبقي ما عداه، ويقيد بما في النوادر من أن المضمون له لم يعلم بموجب السقوط. والله أعلم.

ص: **وللزوج رده من زوجته** ش: ظاهره ولو كان المال الذي على المضمون دون ثلثها، وهو ظاهر ما ذكره في التوضيح والشامل وابن عرفة عن ابن عبد الحكم وقبلوه، وزاد: ولو شرطت عدم الغرم. قال في التوضيح: ولو تكفلت ذات زوج بوجه رجل على أن لا مال عليها فلزوجها رد ذلك لأنه يقول قد تحبس [وأمنع[2271]] منها وتخرج للخصومة وليس ذلك [علي. اهـ. و[2272]]على هذا فيمتنع أيضا تحملها بالطلب فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإن بسجن** ش: قال المازري [في أثناء[2273]] كلامه: ولو سلم الكفيل الغريم وهو محبوس في حبس القاضي، فإن هذا التسليم يسقط الكفالة لكون المتكفل له يتمكن من طلبه وهو في الحبس [ومحاكمته[2274]] عند القاضي الذي حبسه حتى يمكنه من حقه ويقضى بذلك على المحبوس، وإن وجب حبسه زاد في مقدار أمد الحبس لأجل هذا الطلب الثاني بحسب ما يقتضيه الاجتهاد. اهـ. وتقدم كلامه هذا عند قول المؤلف في باب التفليس: "وأخرج لحد" بمعنى آخر، وقال ابن عرفة: الباجي: ولو كان حبسه في دم أو دين أو غيره ويكفي قوله برئت منه إليك وهو بالسجن فشأنك به كان سجنه في حق أو تعديا. قال ابن عرفة: قلت: في التعدي نظر؛ لأنه مظنة [لإخراجه[2275]] [برفع[2276]] التعدي عنه. اهـ .

ص: **إن أمره به** ش: مفهومه أنه إذا لم يأمره به لا يبرأ وهو كذلك. قال ابن عرفة عن الموازية: فهذا إذا لم يرد الطالب قبوله حتى يسلمه له الحميل، ولو قبله برئ كمن دفع دينا عن أجنبي

الحديث ....

2267 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86.

2268 – في المطبوع ويحيى46 والشيخ86 إذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص114 وم41 وسيد20.

2269 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86.

2270 – في المطبوع وكان وم41 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 114 ويحيى46 والشيخ86.

2271 *– في المطبوع وسيد20 والشيخ86 وامتنع وما بين المعقوفين من م41 ويحيى46.

2272 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86.

2273 – في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86.

2274 – في المطبوع بمحاكمته وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 114 وم41 ويحيى46 والشيخ86.

2275 *– في المطبوع لإخراجه به وما بين المعقوفين من ن عدود ص114.

2276 *– في المطبوع بدفع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى46 والشيخ86.

نص خليل وَبِغَيْرِ بَلَدِهِ إِنْ كَانَ بِهِ حَاكِمٌ وَلَوْ عَدِيمًا وَإِلاَّ أَغْرِمَ بَعْدَ خَفِيفِ تَلَوُّمٍ إِنْ قَرُبَتْ غَيْبَةُ غَرِيمِهِ كَالْيَوْمِ وَلاَ يَسْقُطُ الْغُرْمُ بِإِحْضَارِهِ إِنْ حُكِمَ بِهِ لاَ إِنْ أَثْبَتَ عُدْمَهُ أَوْ مَوْتَهُ فِي غَيْبَتِهِ وَلَوْ بِغَيْرِ بَلَدِهِ وَرَجَعَ بِهِ وَبِالطَّلَبِ وَإِنْ فِي قِصَاصٍ كَأَنَا حَمِيلٌ بِطَلَبِهِ أَوِ اشْتَرَطَ نَفْيَ الْمَالِ أَوْ قَالَ لاَ أَضْمَنُ إِلاَّ وَجْهَهُ وَطَلَبَهُ بِمَا يَقْوَى عَلَيْهِ وَحَلَفَ مَا قَصَّرَ وَغَرِمَ إِنْ فَرَّطَ أَوْ هَرَّبَهُ وَعُوقِبَ وَحُمِلَ فِي مُطْلَقِ أَنَا حَمِيلٌ وَزَعِيمٌ وَأَذِينٌ وَقَبِيلٌ وَعِنْدِي وَإِلَيَّ وَشِبْهِهِ عَلَى الْمَالِ عَلَى الأَرْجَحِ وَالأَظْهَرِ لاَ إِنِ اخْتَلَفَا.

متن الحطاب للطالب أن لا يقبله إلا بتوكيل الغريم وله قبوله فيبرأ. زاد الصقلي عن محمد: إن أنكر الطالب أن يكون الحميل أمره بدفع نفسه إليه، [فإن شهد[2277]] له بذلك أحد برئ الحميل. اهـ. وفي الشامل: ولو أنكر الطالب أمره له برئ إن [شهد[2278]] له أحد. اهـ.

115 ص: **وبغير بلده** ش: يصح أن يعود الضمير على/ الاشتراط المفهوم من قوله: "إن لم يشترط" ولعل المصنف رجح هذا القول لقول المازري أنه يلاحظ فيه مسألة الشروط التي لا تفيد، وكونه قد يفيد في بعض الصور كما ذكر ابن عبد السلام لا يمنع ذلك؛ لأن الصورة النادرة لا تراعى، والمعنى أنه إذا اشترط الطالب على الحميل أن يحضر له المديان ببلده فأحضره في غيره فإنه يبرأ إن كان الموضع الذي أحضره فيه تأخذه فيه الأحكام، وإذا حمل كلام المصنف على هذا كانت مسألة المدونة مفهومة منه بالأحروية؛ وهي ما إذا لم يشترط إحضاره في موضع معين فأحضره الحميل في غير البلد الذي وقع [فيه[2279]] الضمان. والله أعلم.

ص: **ولا يسقط بإحضاره إن حكم** ش: أي إن حكم بالغرم ولو لم يغرم على المشهور، وأما لو دفع المال قبل إحضاره مضى اتفاقا. قاله في الشامل. وأصله في التوضيح، وعلى المشهور فرب الدين مخير في اتباع الغريم الحاضر أو الحميل المحكوم عليه بالغرم. قاله ابن يونس، ونقله في التوضيح.

ص: **ولو بغير بلده** ش: هذا مذهب المدونة أن الحمالة تسقط بموت المديان مطلقا، سواء مات في بلده أو في غير بلده من غير تفصيل.

ص: **ورجع به** ش: يعني إذا غرم الحميل ثم أثبت ببينة أن الغريم قد مات في غيبته قبل القضاء رجع الحميل بما أدى على رب الدين كما قال في المدونة، وانظر إذا غرم ثم أثبت أنه كان عديما قبل القضاء هل يرجع أم لا؟ والله أعلم.

ص: **وغرم إن فرط أو هربه وعوقب** ش: ظاهر كلام المصنف أنه يجمع بين التغريم والعقوبة، والذي في الرواية أنه يحبس إذا حصل منه تفريط في الطلب حتى يجتهد في ذلك، وأما إذا ثبت تفريطه فيه بأن يكون لقيه وتركه أو غيبه وهربه فإنه يغرم المال فقط، ولم يذكر في ذلك عقوبة.

116 ص: **وأذين** ش: هو بالذال المعجمة. قال في المقدمات: والأذين/ مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ وإذ تأذن

الحديث

[2277] *- في المطبوع أشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص114.

[2278] - في المطبوع أشهد وما بين المعقوفين من ن ذي ص114 وم41 ويحيى46 والشيخ86 وسيد20.

[2279] *- في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من م41 وسيد20 ويحيى46 والشيخ87.

نص خليل وَلَمْ يَجِبْ وَكِيلٌ لِلْخُصُومَةِ وَلاَ كَفِيلٌ بِالْوَجْهِ بِالدَّعْوَى إلاَّ بِشَاهِدٍ وَإِنِ ادَّعَى بَيِّنَةً بِكَالسُّوقِ أَوْقَفَهُ الْقَاضِي عِنْدَهُ. **باب:** الشِّرْكَةُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ لَهُمَا مَعَ أَنْفُسِهِمَا.

متن الحطاب ربك ليبعثن عليهم إلى يوم القيامة ﴾ ومن قوله: ﴿ وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم ﴾ قال الشاعر:

فقلت قري وغضي اللوم إني   أذين بالترحل والأفول

وقال امرؤ القيس:

وإني أذين إن رجعت مملكا   بسير ترى منه [الفرانق أزورا[2280]]

وإنما كان الأذين بمعنى الحميل؛ لأن الأذين والأذان والإذن وما تصرف من ذلك إنما هو بمعنى الإعلام، فلما [كان بمعنى[2281]] الإعلام الذي لا يكون إلا بمعلوم متيقن لا يصح أن يوجد بخلافه؛ إذ هو [مأخوذ[2282]] من العلم الذي هو معرفة المعلوم على ما هو به، بخلاف الإخبار الذي يصح أن يوجد، بخلاف مخبره لما يدخله من الصدق والكذب، [كان[2283]] قول الرجل أنا أذين بما لفلان على فلان [إيجابا[2284]] منه على نفسه أداء المال إليه إذ لا يستعمل ذلك اللفظ إلا في [الواجب[2285]] المتيقن. اهـ .

ص: **ولم يجب وكيل** [**للخصومة**[2286]] ش: أي يخاصم عنه ويسمع البينة.

ص: **إلا بشاهد** ش: الاستثناء راجع لمسألة الكفيل كما يفهم من كتاب الكفالة من المدونة، وفي كتاب الشهادات من المدونة خلاف هذا، وأنه يجب الكفيل بالوجه ولو لم يأت بشاهد، وقد ذكر المصنف كلام المدونة في باب الشهادات، وذكر كلام الشيوخ عليه هل هو خلاف أو وفاق؟ والله أعلم./ 117

ص: **باب الشركة** ش: ضبطها في التوضيح بكسر الشين وسكون الراء وكذا الشارح وغيره. وقال البساطي: قال بعضهم: لم يثبت فيها إلا كسر الشين وسكون الراء، وخالفه بعضهم. انتهى. وضبطها غير واحد بكسر الشين المعجمة وسكون الراء وبفتح الشين المعجمة وكسر الراء، وصدر الجلال الأسيوطي في حاشية البخاري بالثاني، وقال ابن حجر: والشركة بفتح المعجمة وكسر الراء وبكسر أوله وسكون الراء، وقد تحذف الهاء وقد [يفتح[2287]] أوله مع ذلك، فتلك أربع لغات؛ وهي ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الربح، وقد يحصل بغير قصد كالإرث. انتهى.

ص: **إذن في التصرف لهما مع أنفسهما** ش: يعني أن الشركة هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في التصرف في ماله أو ببدنه لهما؛ أي له ولشريكه أي أن يتصرف له ولشريكه مع أنفسهما

الحديث ....

[2280] – في المطبوع الغرانق أوزرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم41 ويحيى47 والشيخ87.

[2281] – في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 116 وم41 ويحيى47 والشيخ87.

[2282] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد 20 ويحيى47 وم41 والشيخ87 والمقدمات ج2 ص375.

[2283] – في المطبوع فكان وما بين المعقوفين من المقدمات ج2 ص375 ط. دار الغرب الإسلامية.

[2284] *- في المطبوع إيجاب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ويحيى47 وم41 والشيخ87.

[2285] – في المطبوع الواجد وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 116 وم41 والشيخ87.

[2286] *- في المطبوع لخصومة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[2287] – في المطبوع يحذف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 وم41 ويحيى47 والشيخ87.

نص خليل ....

متن الحطاب

أي مع تصرفهما أنفسهما أيضا، فمعنى الحد أن الشركة هي إذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في أن يتصرف في ماله أو ببدنه له ولصاحبه مع تصرفهما أنفسهما أيضا، فقوله: "إذن في التصرف" بمنزلة الجنس يشمل الوكالة والقراض، وقوله: "لهما" فصل يخرج به الوكالة؛ لأنها ليس فيها إذن من الموكل للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكل فيه [له ولموكله، وإنما هي [إذن الموكل[2288]] للوكيل في أن يتصرف في الشيء الموكل فيه[2289]] للموكل وحده، وقول الشارحين إن الوكالة خرجت بقول المؤلف: "مع أنفسهما" ليس بظاهر، وبهذا يخرج أيضا قول من ملك شيئا لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي، وقول الآخر له مثل ذلك لأن كل واحد لم يأذن لصاحبه في أن يتصرف في ذلك الشيء له ولصاحبه وإنما أذن له أن يتصرف فيه لمالكه نيابة عنه، فبطل بهذا اعتراض ابن عرفة على هذا الحد بقوله: وقول ابن الحاجب: إذن لهما في التصرف مع أنفسهما قبلوه، [ويبطل[2290]] طرده بقول من ملك شيئا لغيره أذنت لك في التصرف فيه معي، وقول الآخر مثل ذلك وليس بشركة لأنه لو هلك ملك أحدهما لم يضمنه الآخر وهو لازم الشركة ونفي اللازم ينفي الملزوم. انتهى. ولو قال كل واحد لصاحبه أذنت لك في التصرف في هذا الشيء لي ولك لكانت شركة ثم تجري على أحكام الشركة فيما يصح منها وما يفسد بسبب الخلط وعدمه وما يثبت به الضمان وما لا يثبت على ما سيأتي، وقوله: "مع أنفسهما" فصل ثان خرج به قول كل واحد لصاحبه تصرف في هذه المائة ونحوها أنت وحدك على أن الربح لي ولك بشرط أن لا يتصرف كل واحد في مال نفسه فليس ذلك بشركة، فقوله: "لهما" متعلق بالتصرف، وقوله: "مع أنفسهما" حال من الإذن أي حال كون ذلك الإذن في التصرف مع تصرفهما بأنفسهما، وعلق ابن عرفة قوله لهما بالإذن فأورد ما أورده. ثم قال ابن عرفة: ويبطل عكسه بخروج شركة الجبر كالورثة وشركة المتبايعين بينهم شيئا، وقد ذكرهما – يعني ابن الحاجب– إذ لا إذن في التصرف لهما، ولذا اختلف في كون تصرف أحدهما كغاصب أم لا ثم استدل بما في سماع ابن القاسم في ضرب أحد الشريكين العبد بغير إذن شريكه ونظائر ذلك فقال في سماع ابن القاسم ليس لأحد مالكي عبد ضربه بغير إذن شريكه، وإن فعل ضمنه إلا في ضرب لا يعيب مثله أو ضرب أدب.

قال سحنون: [يضمنه[2291]] مطلقا ولو ضربة واحدة كأجنبي. ابن رشد: رأى مالك شركته شبهة تسقط الضمان في ضرب الأدب، وهو أظهر من قول سحنون لأن تركه ضربه أدبا يفسده وعليه زرع أحد الشريكين وبناؤه في أرض بينهما بغير إذن شريكه في كونه كغاصب يقلع بناؤه أو زرعه أو لا لشبهة الشركة فيكون له الزرع وإن لم يفت الإبان ويكون عليه الكراء في نصف شريكه ويكون له قيمة بنائه قائما، وعليه قول ابن القاسم في إيلاد العبد أمة بينه وبين حر نصف قيمتها جناية في رقبته، وقول سحنون هذا دين في ذمته يتبع بما نقص نصف/ ثمنها عن نصف قيمتها. انتهى. والمسألة مذكورة في أول رسم من سماع ابن القاسم [من[2292]] كتاب الشركة.

118

الحديث ....

[2288] *– في ن سيد20 إذن من الموكل.

[2289] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى47.

[2290] – في المطبوع فيبطل والشيخ88 وما بين المعقوفين من ن عدود ص117 وم41 ويحيى47.

[2291] – في المطبوع نضمنه وما بين المعقوفين من سيد20 ويحيى وم42.

[2292] – في المطبوع في وما بين المعقوفين من م42 ويحيى والشيخ88.

نص خليل وَإِنَّمَا تَصِحُّ مِنْ أَهْلِ التَّوْكِيلِ وَالتَّوَكُّلِ.

متن الحطاب **قلت**: ويجاب عن خروج ما ذكر بأن سياق الكلام يدل على أن القصد إنما هو حد [شركة التجر، وأنها[2293]] هي المعقود لها الترجمة، وإن ذكر غيرها معها فبطريق التبع. والله أعلم. وقال ابن عرفة: الشركة الأعمية: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكا [فقط[2294]] والأخصية بيع [مالك[2295]] كلٍ بعضَه ببعض كلِّ الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع، فيدخل في الأول شركة الإرث والغنيمة لا شركة التجر؛ يريد أنها تخرج بقوله: "ملكا فقط" لأن فيها زيادة التصرف. قال: وهما في الثانية على العكس وشركة الأبدان والحرث باعتبار العمل في الثانية وفي عوضه في الأولى، وقد يتباينان في الحكم شركة الشريك [بالأولى[2296]] جائزة [وبالثانية[2297]] ممنوعة فيها ليس لأحدهما أن يفاوض شريكا دون إذن شريكه، وله أن يشاركه في سلعة بعينها دون إذنه. انتهى. وانظر ما معنى تسمية الأولى أعمية مع خروج بعض أنواع الشركة منها كما ذكر؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل** ش: يعني أنه يشترط في صحة عاقدي الشركة أن يكونا من أهل التوكيل والتوكل. هكذا قال ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن عرفة: وقبله ابن عبد السلام وغيره، وكلهم تبعوا الوجيز ويرد بوجوب زيادة وأهلية البيع؛ لأن كلا منهما بائع لصاحبه نصف ماله، ولا يستلزمها أهلية الوكالة لجواز توكيل الأعمى اتفاقا وتوكله، وتقدم الخلاف في صحة كونه بائعا. انتهى. وذكره ابن غازي كالمنكت به على المصنف.

قلت: ولا يحتاج المصنف إلى زيادة أهلية البيع؛ لأن بيع الأعمى جائز على المشهور، والمصنف إنما يفرع عليه. نعم لو اقتصروا على أحد اللفظين فقالوا من أهل التوكيل أو [أهل[2298]] التوكل، أو قالوا من أهل الوكالة لكان أنسب بالاختصار، فقد قال ابن الحاجب في باب الوكالة: من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن يوكل وأن يتوكل إلا لمانع، وقبله ابن عرفة وقال: وقول ابن شاس: من جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلا إلا لمانع ومسائل المذهب واضحة به. انتهى. فإن قلت: قد يجوز للشخص أن يوكل ولا يجوز له أن يتوكل كالذمي يجوز توكيله ولا يجوز أن يتوكل على مسلم وكالعدو فإنه لا يصح توكيله على عدوه كما أشار إلى ذلك ابن الحاجب وابن شاس بقولهما إلا لمانع على ما قال ابن عبد السلام، فلعل المصنف أراد إخراج ذلك من الشركة أيضا.

قلت: أما أولا فعلى تسليمه فكان يمكنهم أن يقتصروا على قولهم من أهل التوكل لأنه يستلزم أن يكون من أهل التوكيل على ما قررتم، وأما ثانيا فلا نسلم أن الذمي والعدو ليسا من أهل التوكل لأن توكيلهما إنما يمتنع بالنسبة إلى بعض الأشخاص فقط، وأيضا فلا يحتاج إلى ذلك في هذا الباب؛ لأن الظاهر في مشاركة العدو أنها جائزة، وأما مشاركة الذمي فالظاهر من كلامه في المدونة أنها صحيحة

الحديث ....

[2293] - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 118 وم42 ويحيى47 والشيخ88.
[2294] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 118 وم42 ويحيى47 والشيخ88.
[2295] - في المطبوع ملك وما بين المعقوفين من ن عدود ص118 وم42 ويحيى47 وسيد20 والشيخ88.
[2296] *- في المطبوع فالاولى وما بين المعقوفين من م42 ويحيى47 والشيخ88 وسيد20.
[2297] *- في المطبوع والثانية وما بين المعقوفين من م42 ويحيى47 والشيخ88 وسيد20.
[2298] - ساقطة من المطبوع ويحيى47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 118 وم42 والشيخ89.

نص خليل ....

متن الحطاب وإن كانت لا تصلح ابتداء. قال فيها في كتاب الشركة: ولا يصلح لمسلم أن يشارك ذميا إلا [على[2299]] أن لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره كلام المدونة: اللخمي: فإن وقع استحب صدقته بربحه إن شك في عمله بالربا وبجميع ماله إن شك في عمله به في خمر وإلا لم يكن عليه شيء. انتهى. قوله: وإلا لم يكن عليه شيء" أي وإن علم سلامته من عمل الربا وتجر الخمر فلا شيء عليه. كذا قال اللخمي ونقله القرافي، والظاهر أن حكم مشاركة المسلم الذي لا يحافظ على دينه في التصدق بالربح كذلك، وانظر إذا تحقق عمله بالربا أو في الخمر ما الحكم هل يجب التصدق أو يستحب أيضا؟ والظاهر الوجوب لما سيأتي في الوكالة عن المازري، فمقتضى هذا أن الشركة صحيحة بل وجائزة إذا لم يغب الذمي على البيع والشراء، وصرح بذلك في الشامل فقال: وكرهت مشاركة ذمي ومتهم في دينه إن تولى البيع والشراء وإلا جاز، وعلى ما ذكر في السؤال تكون مشاركة الذمي غير/ صحيحة، وكذلك مشاركة العدو وهو خلاف المفهوم مما تقدم فتأمله. والله أعلم. 119

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: فإن قيل فقد قالوا إن الذمي لا يوكل على مسلم فهل يأتي هنا أي في باب الشركة أنه لا يشاركه؟ قيل لا يبعد فقد قال ابن حبيب: لا ينبغي للحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة والتوقي للخيانة والربا والتخليط في التجارة، ولا يشارك يهوديا ولا نصرانيا ولا مسلما فاجرا إلا أن يكون هو الذي يتولى البيع والشراء، وإنما للآخر فيه البطش والعمل. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام.

قلت: وكأنهما لم يقفا على كلام المدونة المتقدم. قال ابن عرفة بعد نقله كلام المدونة المتقدم: [ويستشكل[2300]] بأن الشركة ملزومة للبيع فيلزم عليه أن يشترط في بيع المسلم للذمي شيئا أن لا يبيعه الذمي إلا بحضرة المسلم قال: ويجاب بأن ما ذكر في الشركة من عدم غيبته على البيع معتبر وقوعه لا [على[2301]] أنه شرط، وإن سلم اشتراطه فإنما هو لكونه وكيلا لا لكونه مبتاعا. انتهى بالمعنى.

الثاني: قال بعضهم كيف أجاز مالك شركة المسلم للذمي بشرط أن لا يغيب الذمي على بيع ولا شراء، ومنع الشركة إذا شرط أحد الشريكين أن يمسك رأس المال؟ فأجاب بعضهم: بأن الشرط في مسألة الذمي بعد العقد، وهذا ليس بظاهر، وقال بعضهم الفرق بينهما ظاهر لأنه في مسألة الذمي لم يخرج المال من يده بالكلية، بخلاف المسألة الأخرى.

الثالث: قال في التوضيح في قول ابن الحاجب المتقدم: إلا لمانع أي من الموانع المتقدمة في الحجر. انتهى. وليس هذا مراده لأن موانع الحجر قد دخلت في مفهوم قوله من جاز تصرفه لنفسه جاز أن

الحديث ....

2299 - ساقطة من المطبوع وم42 ويحيى48 والشيخ89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 118.

2300 *- ويستشكل بأن الشركة ملزومة للبيع فيلزم كون ابتياع الذمي حظ المسلم مشروطا بعدم بيع الذمي مابتاعه من المسلم إلا بحضرته ويجاب بأن عدم غيبة الذمي على البيع معتبر وقوعه لا اشتراطه وإن سلم اشتراطه فإنما هو لكونه وكيلا لا لكونه مبتاعا. ابن عرفة مخطوط ص1 من باب الشركة.

2301 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 والشيخ89.

نص خليل ....

متن الحطاب يوكل أو يتوكل، وإنما مراده المانع المختص بهذا الباب، وهو ما ذكره إثره من كون الوكيل ذميا ومن كونه عدوا للموكل عليه كما قدمناه، وأما ما حمله عليه المؤلف فربما يوهم أن المانع من الحجر مستثنى من المانع في الوكالة فتأمله. ولهذا قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب إثر الكلام المتقدم، وفيها: لا يوكل الذمي إلى آخره لما استثنى المؤلف في المسألة السابقة فقال إلا لمانع احتاج أن يبين المانع ما هو الخ كلامه، ويوضح ذلك كلام الذخيرة فإنه قال: الركن الأول الموكل. قال في الجواهر: من جاز تصرفه لنفسه جاز له الاستنابة ثم تكلم عليه نحو الخمسة أسطر، ثم قال: الركن الثاني الوكيل. قال في الجواهر: من جاز له أن يتصرف لنفسه جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للاستنابة إلا أن يمنع مانع فقد منع في الكتاب توكيل الذمي إلى آخره.

الرابع: قال فيها: وتجوز الشركة بين النساء وبينهن وبين الرجال. قال اللخمي: يريد إن كانت متجالة أو شابة ولا تباشره في التجارة؛ لأن كثرة محادثة الشابة للرجل [يتقى[2302]] منها الفتنة، فإن كان بينهما واسطة فلا بأس. قال ابن عرفة: يريد واسطة مأمونة. المتيطي عن ابن الهندي: وإنما تجوز بين الرجل والمرأة إذا كانا صالحين مشهورين بالخير والدين والفضل، وإلا فلا. انتهى. قال أبو الحسن: أو مع ذي محرم. انتهى.

الخامس: قال فيها: وتجوز شركة العبيد إذا أذن لهم في التجارة. قال ابن عرفة: اللخمي: إن لم يكن مأذونا له وولي البيع والشراء لم يضمن الحر وضيعة المال ولا تلفه، وكذا إن وليا معا البيع والشراء ووزن كل واحد منهما منابه وأغلقا عليهما ولم ينفرد الحر بها، وإن انفرد الحر بتولي ذلك ضمن رأس المال إن هلك [أو خسر.[2303]] انتهى. فإن كانا عبدين فلا ضمان على من تولى ذلك منهما، وهو ظاهر. والله أعلم. وكذا في المسألة الأولى لا ضمان على العبد في ضياع مال الحر. وانظر لو غره؟ والظاهر أنه جناية في رقبته. والله أعلم.

السادس: اقتضى كلام ابن شاس وابن الحاجب أن توكيل المحجور وتوكله غير جائز، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف هنا، وفي ذلك اضطراب، فإنهم أجازوا له التوكيل في بعض الصور، بل أخذ [بجواز[2304]] [توكيله[2305]] مطلقا كما سيأتي، وفي [توكله[2306]] خلاف، وظاهر المدونة جوازه/ كما سيأتي. قال في التوضيح في باب الوكالة في كلام ابن الحاجب المتقدم: وعلى هذا فيجوز للمحجور عليها أن توكل في لوازم عصمتها. انتهى. بل ليس لوليها قيام في ذلك إلا بتوكيل منها. قال ابن فرحون في تقسيم المدعى عليهم: وليس للأب ولا للوصي القيام عمن في نظرهما من ابنة أو يتيمة إذا أضر بها زوجها في نفسها إلا بتوكيلها. ثم قال: وإذا أقامت سبع سنين ثم أراد أبوها أن يطالب

120

الحديث ....

[2302] *- في سيد21 تتقى.

[2303] *- في المطبوع وخسر وما بين المعقوفين من م43 ويحيى48 وسيد21 والشيخ90.

[2304] *- في م43 ويحيى48 جواز.

[2305] *- في المطبوع توكله وما بين المعقوفين من م43 ويحيى48 والشيخ90 وسيد21.

[2306] *- في المطبوع توكيله وما بين المعقوفين من ن ذي ص119 ويحيى48 وم43 وسيد21 والشيخ90.

نص خليل ....

متن الحطاب زوجها بالكالئ أو غيره من حقوقها لم يكن له ذلك إلا بتوكيلها إلا [أن[2307]] يتصل سفهها. انتهى. وفي هذا الأخير خلاف انظره في باب الصداق. وقال في اللباب: ويصح التوكيل من المحجور على الخصومة وللوصي أن يوكل في حق محجوره من يطلب حقوقه ولا يجعل له الإقرار، ولا يشترط في الوكيل أن يكون رشيدا. انتهى. وقال في معين الحكام في باب الوصايا وما يتعلق بها: مسألة: يجوز للمحجور طلب حقوقه عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته. قال أبو بكر: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه وخالفه غيره في ذلك. انتهى.

وقال ابن عرفة إثر كلامه المتقدم الذي نقله عن ابن شاس، وهو قوله: من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلا إلا لمانع"، ومسائل المذهب واضحة به وبامتناع توكيل من ليس جائز الأمر في سماع يحيى في توكيل بكر من يخاصم لها توكيلها غير جائز لأنها لا تلي مثل هذا من أمرها إنما يليه وصيها أو من يوكله السلطان، ووقع في المدونة ما يوهم صحة وكالة المحجور عليه ففي عتقها الثاني إن دفع العبد مالا لرجل على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع لازم، فإن استثنى ماله لم يغرم الثمن ثانيا وإلا غرمه ويعتق العبد ولا يتبع بشيء، وفي سماع يحيى من العتق ما هو كالنص في ذلك قال فيه إن دفع عبد إلى رجل مائة دينار وقال له اشترني لنفسي فاشتراه لنفس العبد واستثنى ماله كان حرا ولا رجوع لبائعه على العبد ولا على المشتري بشيء، وولاؤه لبائعه. ابن رشد: مرض الأصيلي هذا الشراء بأن وكالة العبد لا تجوز إلا بإذن سيده، فعلى قياس قوله إن لم يعلم السيد أنه اشتراه للعبد كان له رد ذلك، وإن علم فلا كلام له.

قلت: كان يجري لنا الجواب عن تعقب الأصيلي بأن حجر العبد إنما هو ما دام في ملك سيده وهو ببيعه خرج عن ملكه وصح توكيله ولزم عتقه ضربة واحدة كقولها فيمن باع عبده بعد أن تزوج بغير إذنه ولم يعلم به مضى نكاحه، وليس لسيده فسخه إلا أن يرجع لملكه برده مبتاعه بعيب في نكاحه. انتهى. وما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى في مسألة العتق لم أجدها فيه، وإنما هي في سماع عيسى، ومسألة وكالة البكر في الخصومة [هي[2308]] في كتاب البضائع والوكالات، وما ذكره من أن البكر لا تلي ذلك يعني المخاصمة قبله ابن رشد، وهو خلاف ما ذكره صاحب معين الحكام كما تقدم، وقول ابن عرفة في جواب الأصيلي: "وهو ببيعه خرج عن ملكه وصح توكيله ولزم عتقه ضربة واحدة" فيه نظر؛ لأن التوكيل باطل على ما يقول الأصيلي قبل انتقال الملك فلا ينتقل الملك بالشراء الواقع به، وأما إذا صح البيع وخرج عن ملك السيد فلا حاجة إذا إلى تصحيح التوكيل أو عدم تصحيحه [وقياسه[2309]] أو تشبيهه بمسألة نكاح العبد غير ظاهر، وذلك بين، ويمكن الجواب عما قال الأصيلي بأن يقال سلمنا أن توكيله لا يجوز غاية ما فيه أنه شراء فضولي، وهو جائز صحيح على المشهور فإذا أمضاه العبد بعد ذلك ورضيه مضى وصح العتق، وفاعل استثنى من قوله: "واستثنى ماله" ضمير يعود على

الحديث ....

2307 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 120 وم43 ويحيى48 والشيخ90.

2308 – ساقطة من المطبوع وم43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 120 ويحيى49 والشيخ91.

2309 *– في المطبوع وم43 ويحيى49 والشيخ91 وفي قياسه وما بين المعقوفين من سيد21.

نص خليل ....

متن الحطاب المشتري الذي دفع إليه العبد المائة. ثم قال ابن عرفة: وأما منع كون الوكيل محجورا عليه فقال اللخمي: لا يجوز توكيله لأنه تضييع للمال. قلت: وعليه عمل أهل بلدنا، وظاهر كتاب المديان جوازه فيها منه ما نصه: قلت: إن دفع إلى عبد أجنبي محجور عليه مالا يتجر به أو ليتيم محجور عليه ثم/ لحقهما دين أيكون في ذمتهما قال: قال مالك يكون في المال الذي دفع إليهما وما زاد عليه فهو ساقط لا يكون في ذمتهما. قلت: ظاهره جواز توكيلهما إلا أن يقال إنما تكلم عليه بعد الوقوع والأول أظهر، وهو الأكثر من أخذ المشايخ من مفهومات المدونة الأحكام، ويؤيده سماع أصبغ في العتق أن من قال أشهدكم [أن ما[2310]] أعتق ابني أو أحدث رقيقي فأمره جائز وابنه سفيه ثم باع ابنه من رقيق أبيه عشرة جاز بيعه على أبيه وإن كره إلا أن يبيع بما لا يتغابن بمثله من محاباة بينة ووكالة السفيه كغيره ابن رشد هذا بين لا خلاف فيه ولا إشكال والتوكيل في الحياة بخلاف الوصية بمال ولده لا تجوز لسفيه بخلاف وصية بتنفيذ ثلثه إلى سفيه أو غير عدل ذلك جائز؛ لأن ثلثه له حيا وميتا، وظاهر كلام ابن رشد في رسم أسلم من كتاب العتق جواز توكيل المحجور عليه، وفي نوازل ابن الحاج: من وكل على قبض ديون له صبيا قبل بلوغه فقبضه براءة للغريم لأن رب الحق رضيه وأنزله منزلته. انتهى. ولفظ التهذيب في مسألة كتاب المديان المتقدمة فما لحقهما من دين فيه كان في ذلك المال خاصة، ولا يلزم ذمتهما ولا ذمة الدافع شيء. انتهى. وما ذكره عن سماع أصبغ في العتق إنما رأيته في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب العتق وكلام ابن رشد المذكور فيه، وفيه بعدَ قوله هذا بَيِّنٌ لا خلاف فيه ولا إشكال؛ لأن للرجل أن يوكل على نفسه في حياته من رضي توكيله من رشيد أو سفيه فيلزمه من فعل السفيه ما يلزمه من فعل الرشيد ثم ذكر بقية الكلام المتقدم، وما نقله ابن عرفة عن نوازل ابن الحاج نقله عن ابن سلمون.

121

قال في التوضيح في باب الوكالة في قول ابن الحاجب المتقدم: من جاز تصرفه لنفسه جاز توكيله لنفسه، فإن قلت يرد عليه ما في المدونة: ومن وكل عبدا مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له ليسلم له في طعام ففعل فذلك جائز لأنه لا يتصرف لنفسه. فالجواب: أن ذلك محمول على المأذون له باتفاق. انتهى. ولفظ المدونة: أو محجور عليه عوض قول التوضيح أو غير مأذون له، وأجاب ابن عبد السلام بقوله: لا شك أن معنى مسألة المدونة عند الجميع أن ذلك مشروط بإذن سيد العبد فلا إشكال لأنه كما يجوز له أن يتصرف بإذن سيده، فكذلك يجوز له أن يتوكل وأن يوكل على السلم بإذنه. انتهى. وعبارته أوضح من عبارة المؤلف فلذلك ذكرتها، ومسألة المدونة في السلم الثاني، وما ذكره ابن عبد السلام والمؤلف من الجواب لم يذكره أحد ممن رأيت من شراح المدونة، بل ذكر أبو الحسن عن ابن محرز ما يؤخذ منه خلاف ذلك، ونصه: قال ابن محرز: أما المأذون له فلا أجر على من وكله لأنه كأنه مأذون له في هذا المقدار الخفيف من العمل، ألا ترى أنه قد يودع فيحفظ الوديعة بغير إذن سيده ولا يكون له في ذلك أجر، وأما غير المأذون فينبغي أن تكون له أجرة يدفعها من وكله إلى سيده.

الحديث ....

[2310] *- في المطبوع وسيد21 والشيخ91 أنما وما بين المعقوفين من م43 ويحيى49.

نص خليل وَلَزِمَتْ بِمَا يَدُلُّ عُرْفًا كَاشْتَرِكْنَا.

متن الحطاب الشيخ: إلا أن يكون عمله ذلك لا خطب له لكون المسلم إليه أتى إلى منزل العبد فلا يكون له أجرة كما قال في كتاب الإجارة في مناولة القدح والنعل. انتهى. ونحوه في المشذالي. قال: قوله أو محجور لم يتكلم هنا هل لسيده أن يطالب الموكل بقيمة عمله؟ وفصل بعضهم فقال: إن كان عمل له بال فله قيمة عمله إن كان محجورا، وإن كان مأذونا فلا. انتهى. وكذلك قال اللخمي: من وكل عبدا فأسلم له في طعام مضى والسلم للآمر فإن كان العبد محجورا كان لسيده إجارته في ذلك، وإن كان مأذونا وفعل ذلك ليصلح به وجهه في تجارته لم يكن لسيده شيء؛ لأن الغالب في [إجارته ذلك[2311]] يسيرة. انتهى من السلم الثالث من تبصرته.

فتحصل من هذه النقول أن توكيل المحجور عليه في الخصام في تخليص ماله وطلب حقوقه لا يجوز على ظاهر المذهب، ويصح على ما قاله في اللباب، ونقله في معين الحكام عن أبي بكر بن عبد الرحمن، وتقدم أنه يقال إن غيره خالفه فيه، وأما توكيله على البيع والشراء في ماله/ فلا يجوز، ولم 122 أر فيه خلافا بعد البحث إلا ما يؤخذ من مسألة العتق التي في المدونة والعتبية المتقدم ذكرهما، وأما توكيل المرأة المحجور عليها في لوازم عصمتها فيجوز كما صرح به في التوضيح، بل ليس لوليها القيام في ذلك إلا بتوكيل منها كما تقدم، وأما كون المحجور عليه وكيلا فيجوز على ما صرح به في العتبية في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب العتق، وصرح به ابن رشد في شرحها من أنه يجوز بلا خلاف وصرح به ابن راشد في اللباب، وأفتى به ابن الحاج ويؤخذ من مسألة السلم الثاني من المدونة ومن مسألة كتاب المديان منها ولا يجوز على ما قاله اللخمي، وقال ابن عرفة: عليه عمل أهل بلدنا، ومشى عليه صاحب الجواهر [وتابعوه[2312]] كالقرافي وابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وغيرهم فتحصل في ذلك طريقان، وإنما أطلت الكلام في هذا لأن المصنف لم يتكلم عليه في الوكالة، ويؤخذ من كلامه هنا المنع من توكيله وتوكله وهو أحد الطريقين كما علمت لكن يقيد ذلك بما عدا توكيل المحجور عليها في لوازم العصمة. والله أعلم.

ص: **ولزمت بما يدل عرفا** ش: يعني أن حكم الشركة ابتداء الجواز، فإذا انعقدت لزمت. قال ابن عرفة: وحكمها الجواز كجزءيها البيع والوكالة وعروض ما يوجبها بعيد بخلاف [عروض[2313]] موجب حرمتها وكراهتها، ودليلها الإجماع في بعض صورها وحديث أبي داود بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر فإذا خانه خرجت من بينهما[1] ذكره عبد الحق وصححه بسكوته عنه والحاكم في مستدركه. انتهى. وفي التوضيح الإجماع على جوازها من حيث الجملة. انتهى. وذكر صاحب المقدمات واللخمي وشراح المدونة آيات وأحاديث تدل على الأصل في الشركة كآية المواريث وقوله: ﴿ ضرب الله مثلا رجلا فيه شركاء ﴾ وقوله ﴿ وإذا حضر القسمة ﴾ وحديث: {أيما دار قسمت في الجاهلية[2]}

الحديث 1- عن أبي هريرة رفعه قال إن الله يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما، أبو داوود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 3374، دار إحياء السنة النبوية.

2- أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية، الموطأ، كتاب الأقضية، ط. دار الكتب العلمية، ص470.

2311 *- في يحيى49 وسيد21 والشيخ92 إجارة ذلك.

2312 - في المطبوع تابعيه وم43 ويحيى49 وسيد21 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب وهو الصواب.

2313 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 وم44 ويحيى49 والشيخ92.

نص خليل ....

متن الحطاب

وحديث: {الشفعة في كل ما [لم[2314]] يقسم[1]} وغير ذلك، وقال ابن عبد السلام: الأصل فيها قوله تعالى: ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم ﴾ والحديث المتقدم وحديث السفينة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: {مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا سفينة في البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها يصعدون فيستقون الماء فيضيقون على الذين في أعلاها فقال الذين في أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذوننا فقال الذين في أسفلها فإننا نثقبها من أسفلها فنستقي فإن أخذوا على أيديهم فمنعوهم نجوا جميعا وإن تركوهم غرقوا جميعا[2]} قال الترمذي: حديث حسن صحيح. انتهى. والعجب من عزوه الحديث للترمذي مع أنه في صحيح البخاري، وكأنه تبع في ذلك عبد الحق في أحكامه فتأمله. والله أعلم. وأما لزومها بعد العقد ففيه طريقان.

قال ابن عبد السلام في شركة الأموال: المذهب لزومها بالعقد دون الشروع، واختلف في شركة الحرث هل هي كشركة الأموال، وهو قول سحنون، أو لا تلزم إلا بالعمل، وهو قول ابن القاسم؟ وقال ابن عرفة: قول ابن عبد السلام إن المذهب لزوم الشركة بالعقد دون الشروع هو مقتضى قول ابن الحاجب: يجوز التبرع بعد العقد، بخلاف قول ابن رشد في سماع ابن القاسم إنها من العقود الجائزة، وهو مقتضى مفهوم السماع أنه إن شرط ذلك بعد العقد لا يجوز، ونحوه قوله في المقدمات هي من العقود الجائزة لكل منهما أن ينفصل عن شريكه متى شاء، ولهذه العلة لم تجز إلا على التكافؤ والاعتدال لأنه إن فضل أحدهما صاحبه فيما يخرجه فإنما يسمح في ذلك رجاء بقائه معه على الشركة فصار غررا. انتهى.

وقال في التوضيح: قال في المقدمات: هي من العقود الجائزة لكل واحد أن ينفصل متى شاء إلا الشركة في الزرع ففي لزومها خلاف، ونحو ذلك/ للخمي، وخرج [قولا بلزومها[2315]] الأول [سنة[2316]] من الشاذ في كراء المشاهرة قال: وأما إن أخرجا شيئا ليشتريا به شيئا معينا فإنه يلزم إن لم يمكن كل واحد اشتراؤه بانفراده أو أمكنه ولكن اشتراؤهما أرخص وإلا فقولان، وهما على الخلاف في شرط ما لا يفيد، وفي معين الحكام: الشركة تنعقد بالقول على المشهور من قول مالك وأصحابه، وكذلك قال ابن يونس إنها تلزم بالعقد كالبيع ولا رجوع لأحدهما فيها كالبيع بخلاف الجعل والقراض، ولعياض نحوه، والظاهر أنه لا مخالفة بينهم، ومراد ابن يونس، ونحوه أنها تلزم بالعقد باعتبار الضمان؛ أي إذا هلك شيء بعد العقد يكون ضمانه منهما خلافا لمن يقول إنها لا تنعقد إلا بالخلط. انتهى. 123

قلت: بل الظاهر أن كلام ابن يونس وعياض وصاحب المعين وابن عبد السلام مخالف لكلام ابن رشد واللخمي وقول ابن عرفة هو مقتضى قول ابن الحاجب: يجوز التبرع بعد العقد ظاهره أنه لم يقف عليه لغيره، وقد نص على ذلك في كتاب الشركة من المدونة فقال بعد أن ذكر أنها تفسد إذا عقداها على

الحديث

1- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال إنما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشركة، رقم الحديث 2495.

2- مثل المدهن في حدود الله والواقع فيها مثل قوم استهموا سفينة فصار بعضهم في أسفلها وصار بعضهم في أعلاها فكان الذين في أسفلها يمرون بالماء على الذين في أعلاها فتأذوا به فأخذ فأسا فجعل ينقر أسفل السفينة فأتوه فقالوا مالك قال تأذيتم بي ولا بد لي من الماء فإن أخذوا على يديه أنجوه ونجوا أنفسهم وإن تركوه أهلكوه وأهلكوا أنفسهم، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، رقم الحديث 2686.

- مثل القائم على حدود الله والمدهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة في البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان الذين أسفلها يصعدون فيستقون الماء فيصبون على الذين في أعلاها فقال الذين في أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذوننا فقال الذين في أسفلها فإننا ننقبها في أسفلها فنستقي فإن أخذوا على أيديهم فمنعوهم نجوا جميعا وإن تركوهم غرقوا جميعا، الترمذي في جامعه، كتاب الفتن، رقم الحديث 2180.

[2314] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى49 وم44 وسيد21 والشيخ92

[2315] *- في المطبوع قولا بعدم لزومها وما بين المعقوفين من سيد21 ويحيى50 وم44.

[2316] *- في المطبوع نصه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التوضيح ج3 ص61.

نص خليل بِذَهَبَيْنِ أو وَِرِقَيْنِ اتَّفَقَ صَرْفُهُمَا وَبِهِمَا مِنْهُمَا.

متن الحطاب التفاوت في الربح أو العمل أو [على[2317]] التساوي في ذلك مع التفاضل في رؤوس الأموال ما نصه: ولو صح عقد المتفاضلين في المال، ثم تطوع الذي له الأقل فعمل في الجميع جاز، ولا أجر له. انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره أن الشركة تلزم بالعقد، ولو لم تلزم بالعقد لما جاز لأنه إنما تطوع رجاء البقاء معه وذلك لا يلزمه فصار ذلك غررا. الشيخ: كأنه نوع رشوة ويقوم منه أنه يجوز أن يسلف أحدهما الآخر بعد صحة العقد. انتهى. فما ذكره ابن الحاجب والمصنف من جواز التبرع بعد العقد موافق لما في المدونة ومقتضاه لزوم العقد كما قال المصنف. قوله: "بما يدل عرفا" أي بما يدل على إذن كل واحد لصاحبه في التصرف على الوجه المذكور عرفا، وسواء كان لفظا أو ما يقوم مقامه، فمن اللفظ الدال على الشركة قولهما اشتركنا إذا فهم منه مقصودهما عرفا. قال في اللباب: الصيغة لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على إذن كل واحد في التصرف لصاحبه، ويكفي قولهما اشتركنا إذا فهم المقصود عرفا. انتهى. قال في التوضيح: [ومثال[2318]] الفعل الدال لو خلطا ماليهما وباعا. انتهى. واعتراض البساطي على المؤلف كونه لم يقل لغة أو عرفا غير ظاهر. والله أعلم.

ص: **بذهبين** ش: أركان الشركة أربعة: العاقدان والصيغة والمحل، فلما ذكر الثلاثة الأول أتبعها بالرابع وهو المحل وهو المال أو العمل، فبدأ بالمال فقال: "بذهبين أو ورقين".

ص: **اتفق صرفهما** ش: يريد ووزنهما ويغتفر التفاوت اليسير. قال ابن عرفة: وفيها قصر اعتبار التساوي بين النقدين في الوزن والقيمة لا السكة ويسير اختلافهما في الصرف لغو. انتهى. قال في المدونة: وإن أخرج أحدهما دنانير هاشمية وأخرج الآخر مثل وزنها دنانير دمشقية أو أخرج هذا دراهم يزيدية والآخر وزنها محمدية وصرفهما مختلف لم يجز إلا في الاختلاف اليسير الذي لا بال له فيجوز وهما فيما كثر كتفاضل المالين، ولو جعلا الربح والعمل بينهما بقدر فضل ما بين السكتين لم يجز؛إذ صرفاهما إلى القيم وحكمهما الوزن في البيع والشركة. انتهى. فحاصله أنه إذا اختلف الصرف لا تجوز الشركة ولو جعلا الربح على قدر قيمة صرف كل دينار. قال أبو الحسن: وصورة قدر القيمة أن يقال ما قيمة المحمدية فيقال عشرة وما قيمة اليزيدية فيقال خمسة،فيشتركان على الثلث والثلثين فيؤدي إلى التفاضل. قال ابن المواز: فإن نزل أخذ كل واحد مثل رأس ماله بعينه في سكته وكان الربح بقدر وزن رأس ماله لا على فضل ما بين السكتين، وقاله مالك. قال بعض القرويين لعل محمدا يريد إذا لم يختلف سوق السكتين من يوم الشركة إلى يوم القسمة، وأما إذا اختلف فيظلم الذي زاد سوق سكته صاحبه إذا أعطاه مثل رأس ماله وقيمته أكثر مما دفع. انتهى. وانظر سماع ابن القاسم من الشركة./ 124

فرع: قال في المدونة: وإن كانت السكتان متفقتي الصرف يوم الشركة جاز، فإن افترقا وقد حال الصرف لم ينظر إلى ذلك، ويقتسمان ما بأيديهما عرضا كان أو طعاما أو عينا. انتهى.

الحديث ....

2317 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص123.

2318 *- في المطبوع والشيخ93 ومثل وما بين المعقوفين من م44 ويحيى50 وسيد22.

نص خليل

وَبِعَيْنٍ وَبِعَرْضٍ وَبِعَرْضَيْنِ مُطْلَقًا وَكُلٌّ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ أَحْضِرَ لاَ فَاتَ إِنْ صَحَّتْ إِنْ خَلَطَا وَلَوْ حُكْمًا وَإِلاَّ فَالتَّالِفُ مِنْ رَبِّهِ وَمَا ابْتِيعَ بِغَيْرِهِ فَبَيْنَهُمَا وَعَلَى الْمُتْلِفِ نِصْفُ الثمن وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ بِالتَّلَفِ فَلَهُ وَعَلَيْهِ أَوْ مُطْلَقًا إِلاَّ أَنْ يَدَّعِيَ الأَخْذَ لَهُ تَرَدُّدٌ وَلَوْ غَابَ نَقْدُ أَحَدِهِمَا إِن لَّمْ يَبْعُدْ وَلَمْ يُتَّجَرْ لِحُضُورِهِ لاَ بِذَهَبٍ وَبِوَرِقٍ وَبِطَعَامَيْنِ وَلَو اتَّفَقَا ثُمَّ إِنْ أَطْلَقَا التَّصَرُّفَ وَإِنْ بِنَوْعٍ فَمُفَاوَضَةٌ.

متن الحطاب

ص: **وبعين وبعرض** ش: يريد ولو كان العرض طعاما. قال في المدونة: وتجوز الشركة بطعام ودراهم أو بعين وعرض على ما ذكرنا من القيم، وبقدر ذلك يكون الربح والعمل. انتهى.

ص: **وكل بالقيمة يوم أحضر لا فات** ش: هو راجع إلى مسألة العرضين وإلى مسألة العين والعرض كما تقدم عن المدونة، والمعنى وكل من أخرج عرضا فهو شريك بقيمته يوم أحضر، وقال ابن غازي: هذه العبارة توهم أن المعتبر في الفاسدة القيمة يوم الفوت، وعبارة ابن الحاجب أبين منها؛ إذ قال: فلو وقعت فاسدة فرأس ماله ما بيع به عرضه، وقال الصقليان عبد الحق وابن يونس: فإن لم يعرفا ما بيعت به سلعتهما/ فلكل واحد قيمة عرضه يوم البيع، وحمله على هذا بعيد. انتهى. ومثل ذلك لو خلطا الطعامين. قال في المدونة: وإذا وقعت الشركة بالطعام فاسدة فرأس مال كل واحد ما بيع به طعامه إذ هو في ضمانه حتى يبيع، ولو خلطاه قبل البيع جعلت رأس مال كل واحد قيمة طعام كل واحد يوم خلطاه. انتهى.

125

ص: **إن خلطا** ش: ظاهر كلامه أن الخلط شرط في حصول الشركة بينهما بالنسبة إلى الربح وإلى الخسارة وليس كذلك، وإنما هو شرط في الضمان. قال الرجراجي: ذهب ابن القاسم إلى أن الخلط شرط في الانعقاد في التوى؛ أي في الهلاك لا في النماء لأنه قال ما اشتراه أحدهما بماله قبل الخلط فهو بينهما وما ضاع فهو من صاحبه. انتهى. وقال ابن عرفة: وفي شرط ثبوت لازمها وهو ضمان المشترك منهما بالخلط الحكمي فضلا عن الحسي، أو بالحسي قولا ابن القاسم وغيره فيها، والحكمي كون المالين في حوز واحد ولو عند أحدهما. انتهى. والله أعلم.

ص: **وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه أو مطلقا إلا أن يدعي الأخذ له تردد** ش: الأليق باصطلاحه أن يقول/ تأويلان، ولم أقف عليهما على ما ذكر المصنف [فإنه[2319]] قال في المدونة: وإن بقيت كل صرة بيد ربها حتى ابتاع بها [أحدهما[2320]] أمة على الشركة وتلفت الصرة الأخرى والمالان متفقان فالأمة بينهما والصرة من ربها. قال ابن يونس: قوله: "فالأمة بينهما" يريد بعد أن يدفع لشريكه نصف ثمنها لأنه إنما اشتراها على الشركة قال بعض أصحابنا إن اشترى الأمة بعد التلف عالما به فشريكه مخير أن يشركه فيها أو يدعها [له[2321]] إلا أن يقول إنما اشتريتها لنفسي فهي له، وإن لم يعلم بالتلف حتى اشترى فالأمة بينهما كما لو اشترى ثم تلفت صرة [الآخر،[2322]] وهذا

126

الحديث ....

[2319] *- في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص126.

[2320] *- ساقطة من المطبوع وم45 والشيخ94 ويحيى50 وسيد22 وما بين المعقوفين من التهذيب ص561 ج3.

[2321] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126 وم45 ويحيى51 والشيخ94.

[2322] - في المطبوع الاخير وما بين المعقوفين من ن ذي ص126 وم45 وسيد22 ويحيى51.

نص خليل وَلاَ يُفْسِدُهَا انْفِرَادُ أحَدِهِمَا بِشَيْءٍ وَلَهُ أنْ يَتَبَرَّعَ إن اسْتَأْلَفَ بِهِ.

متن الحطاب على أصل ابن القاسم. انتهى. قال أبو الحسن: ولابن رشد عكس هذا قال إن اشترى بعد التلف وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يلزمه ما اشتراه أو ينفرد به لأنه يقول لو علمت تلفه لم أشتر إلا لنفسي وما اشترى بعد أن علم بتلف ما أخرجه صاحبه فهو له خاصة. اهـ. فالتأويل الأول في كلام المصنف الذي أشار إليه بقوله: "وهل إلا أن يعلم بالتلف فله وعليه" [هو[2323]] الذي يناسب ما ذكره أبو الحسن عن ابن رشد، والمعنى أن ما ذكره من أن من اشترى بالسالم يكون بينهما محله ما إذا لم يعلم [بالتلف،[2324]] وأما إذا علم [بالتلف[2325]] فهي له خاصة، إلا أن كلام المصنف يقتضي أنه إذا لم يعلم بالتلف فالسلعة بينهما ولا خيار لأحدهما، وكلام ابن رشد يقتضي أن المشتري مخير، فإن قيل قول المصنف بعد هذا: "إلا أن يدعي الأخذ" فهم منه أنه بالخيار؟ قلت: ليس كذلك لأنه إذا أقر أنه اشترى للشركة ولم يدع الأخذ لنفسه فكلام ابن رشد يقتضي أن له الخيار، وكلام المصنف يقتضي أنه لا خيار له، وأنه بينهما فتأمله. والتأويل الثاني في كلام المصنف الذي أشار إليه بقوله: "أو مطلقا" هو الذي يناسب ما ذكره ابن يونس، إلا أن كلام المصنف يقتضي أنه بينهما ولا خيار لأحدهما، سواء اشترى بعد العلم بالتلف أو قبله، وما ذكره ابن يونس يقتضي أنه إذا اشترى بعد علمه بالتلف يخير الشريك الذي تلفت صرته في أنه يشاركه أو يدعها له. فتأمله. والله أعلم.

ص: ولا يفسدها انفراد أحدهما بشيء ش: قال البساطي: يحتمل أن يريد أن شركة المفاوضة لا يفسدها أن يعين كل صنفا للآخر يعمل فيه ويشتركان في غيرهما في العمل، ويحتمل أن يريد أن عمل كل في مال لنفسه لا يفسدها إذا استويا في عمل الشركة، والثاني هو المنصوص، ولا يبعد الأول إذا كان المنفردان قريبين، فإن قلت ظاهر قوله أحدهما غير الصورتين المذكورتين؟ قلت: يجب حمله على أن كلا انفرد ليوافق النقل. انتهى. فظاهره أنه لا بد من انفراد كل واحد بشيء، وأن النقل كذلك، وهو خلاف ظاهر المدونة [أو نصها.[2326]] قال فيها: ويكونان متفاوضين ولأحدهما عين أو عرض دون صاحبه ولا يفسد ذلك المفاوضة بينهما. انتهى. وقال في التوضيح: ولا يفسدها عندنا وجود مال لأحدهما على حدته خلافا لأبي حنيفة. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: وله أن يتبرع إن استألف ش: قال في المدونة: وإن أخر أحدهما غريما بدين أو وضع له منه نظرا أو استئلافا في التجارة ليشتري منه في المستقبل جاز ذلك، وكذلك الوكيل على البيع إذا كان مفوضا إليه، وما صنعه [مفوض[2327]] إليه من شريك أو وكيل لم يلزم، ولكن يلزم الشريك في حصته ويرد صنيع الوكيل إلا أن يهلك ما صنع الوكيل من ذلك فيضمنه. انتهى. وقال اللخمي: تأخير أحد الشريكين على وجه المعروف لا يجوز، ولشريكه أن يرد التأخير في نصيبه من ذلك الدين، وأما نصيب صاحبه فإن كان لا ضرر عليهما في قسمة الدين حينئذ مضى التأخير في نصيب من أخر، وإن كان

الحديث ......

[2323] – في المطبوع والذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126 وم45 ويحيى51 والشيخ95.

[2324] *– في المطبوع وم45 ويحيى51 والشيخ95 بالتالف وما بين المعقوفين من سيد22.

[2325] *– انظر الهامش السابق.

[2326] – في م45 ونصها.

[2327] – في المطبوع مفوضا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126 وم45 ويحيى51 والشيخ95.

نص خليل

أَوْ خَفَّ كَإِعَارَةِ آلَةٍ وَدَفْعِ كِسْرَةٍ وَيُبْضِعَ وَيُقَارِضَ.

متن الحطاب

127

عليهما في ذلك ضرر، وقال من أخر لم أظن أن ذلك يفسد علي شيئا من الشركة رد جميع ذلك، وإن لم يعلم بتأخيره حتى حل الأجل لم يكن على من أخر في ذلك مقال، فإن أعسر الغريم بعد التأخير ضمن الشريك لشريكه نصيبه منه، وإن كان تأخيره إرادة الاستئلاف جاز ذلك على/ شريكه، ولا ضمان على من أخر إذا أعسر الغريم بعد ذلك، إلا أن يكون الغريم ممن يخشى عدمه والعجز عن الأداء فيرد التأخير ويعجل جميع الحق، وإن لم يرده حتى أعسر ضمن الشريك [إذا كان عالما[2328]] بذلك.انتهى. ونقله أبو الحسن [على[2329]] المدونة كأنه المذهب.ثم قال اللخمي عقب الكلام المتقدم: [وقد[2330]] قيل لا يجوز التأخير إرادة الاستئلاف لأنه من باب سلف بزيادة، والقول الأول أحسن، وليس هذا داخلا في معنى الحديث في النهي، ولأن هذا إنما يرجو به حسن المعاملة من سائر الناس، وقد يعامله هذا الغريم أو لا يعامله. انتهى. ونقل أبو الحسن نحوه عن ابن يونس، وهذا الكلام يشهد لابن عبد السلام فيما قاله في المأذون له في التجارة إذا أخره استئلافا، ونصه: ومنع سحنون من التأخير بالثمن لأنه إن كان عن غير فائدة فظاهر، وإن كان لمنفعة الاستئلاف فهو سلف جر منفعة، وأجيب باختيار القسم الثاني، ولا يلزم عليه ما ذكر لأنها منفعة غير محققة الحصول، وأيضا فإنه منقوض بالحر فإنه يجوز له التأخير بالأثمان طلبا لتحصيل محمدة الثناء. انتهى.
قال ابن عرفة: رد ابن عبد السلام على سحنون يرد بأنه إن أراد بنفي تحقق المنفعة نفي ظنها منع، وإن أراد نفي علمها لم يضر؛ لأن الظن كاف، وقوله بجوازه في الحر طلبا للثناء ممنوع. انتهى. فقوله "إن الظن كاف في المنع" يرده كلام اللخمي، ونحوه لابن يونس عن بعض القرويين، وقوله إنه في الحر ممنوع لطلب الثناء يرده أيضا قول اللخمي يرجو به حسن المعاملة من سائر الناس. فتأمله. والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن وضع أحد الشريكين كان الجواب على ما تقدم في التأخير فلا يجوز على وجه المعروف ثم ينظر هل يمضي نصيب الذي وضع من ذلك، أو يجوز إن أراد الاستئلاف إلا أن يكثر فيها حط فيرد الزائد على ما يراد به الاستئلاف؟ انتهى. فعلم من كلام اللخمي أن مقدار التبرع لأجل الاستئلاف يرجع فيه للعادة. والله أعلم.
ص: أو خف كإعارة آلة أو دفع كسرة ش: قال في المدونة: وليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة إلا أن يوسع له في ذلك شريكه، أو يكون شيئا خفيفا كعارية غلام ليسقي دابة ونحوه فأرجو أن لا يكون بذلك بأس، والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما أن يفعله في مال الشركة إلا بإذن صاحبه، إلا أن يكون أراد به استئلاف التجارة، وإن وهب أحدهما أو أعان على المعروف ضمن حصة شريكه، إلا أن يفعل ذلك للاستئلاف فلا يضمن. انتهى.
ص: ويبضع ويقارض ش: قال في المدونة: ولأحد المتفاوضين أن يبضع ويقارض دون إذن الآخر. انتهى. قال اللخمي: هذا إذا كان المال واسعا يحتاج فيه إلى مثل ذلك، فإن لم يكن فيه فضل عنهما

الحديث

....

2328 *- في المطبوع إذا كان وقد عالما وما بين المعقوفين من ن عدود ص127.
2329 - في المطبوع عد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 127 ويحيى51 والشيخ95.
2330 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 127 وم45 ويحيى51 والشيخ95.

نص خليل

وَيُودِعَ لِعُذْرٍ وَإِلاَّ ضَمِنَ وَيُشَارِكَ فِي مُعَيَّنٍ وَيُقِيلَ وَيُوَلِّي وَيَقْبَلَ الْمَعِيبَ وَإِنْ أَبَى الآخَرُ وَيُقِرَّ بِدَيْنٍ لِمَنْ لاَ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ وَيَبِيعَ بِالدَّيْنِ لاَ الشِّرَاء بِهِ كَكِتَابَةٍ وَعِتْقٍ عَلَى مَالٍ وَإِذْنٌ لِعَبْدٍ فِي تِجَارَةٍ أَوْ مُفَاوَضَةٍ وَاسْتَبَدَّ آخِذُ قِرَاضٍ.

متن الحطاب

لم يخرجه عن نظره إلا برضا شريكه، أو يكون ذلك في شيء بار عليهما وبلغه عن بلد نفاق ولا يجد إلى السفر به سبيلا، أو يبلغه عن سلع نفاق ببلد فيبعث ما يشبه أن يبعث به من مثل ما بأيديهما، ومثل هذا يعرف عند النزول. انتهى. ونقله أبو الحسن، وظاهره أنه وفاق للمدونة.

تفريع: قال في المدونة: وإن أبضع أحدهما مع رجل دنانير من الشركة، ثم علم الرجل بموت الذي أبضعها معه أو بموت شريكه، فإن علم أنها من الشركة فلا يشتري بها شيئا، وليردها على الباقي، وإن بلغه افتراقهما فله أن يشتري لأن ذلك لهما بعد وفي الموت يقع بعضه للورثة وهم لم يأمروه. انتهى. قال أبو الحسن: ولا يشتري بنصيب الباقي لأن نصيبه مشاع في جميع المال، وليس للمبضع معه أن يقسم ذلك.انتهى. قال اللخمي: وإن علم في الموت أن المال من غير المفاوضة لم يكن له أن يشتري إن مات المبضع، وإن مات من لم يبضع كان له أن يشتري، وإن لم يعلم ذلك المال من المفاوضة أو مما يخصه لم يشتر لأن أمره موقوف على الكشف بعد الوصول؛ فقد يكون من مال المفاوضة. انتهى. ونقل أبو الحسن هذا الأخير عن ابن يونس واللخمي. والله أعلم./

128

فرع: يجوز لأحد الشريكين أن يستأجر من ينوب عنه. قال اللخمي في [كتاب[2331]] الشركة: فصل قال مالك في رجل أخرج مائتي دينار يشارك بها رجلا له مائة دينار، وكان صاحب المائتين ضم غلامين له يعملان عنه فدخل عليهما نقصان أن النقص على قدر المالين، ولا يكون للشريك في ذلك أجرة؛ لأنهم اعتدلوا في الأبدان؛ قد أقام صاحب المائتين رجلين مقامه قال: وقال قبل ذلك له أجرة مثله، والأول أحسن إذا كان الغلامان يحسنان الإجارة، وإن كانا يخدمان كان للعامل إجارة مثله في المائتين وعلى إجارة الغلامين فيما ينوبه من خدمتهما. انتهى. ونقله في الذخيرة. فظاهر كلامه جواز ذلك، وأنه يجوز ابتداء، وهو ظاهر كلام العتبية أيضا، ونصها في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ بن الفرج من كتاب الشركة: قيل لأشهب إن استأجر رجلان أجيرين فاشتركا فيما يكسبان، وكل واحد منهما مستأجر لأجيره على حدة؟ قال: لا بأس بذلك إذا كان الأجيران [يعملان[2332]] جميعا عملا واحدا.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن يد كل واحد منهما كيد [مستأجره،[2333]] فإذا تعاون أجَرَاؤُهُمَا في العمل كان كتعاونهما أنفسهما فيه فتأمله. والله أعلم. انتهى بلفظه. وإذا جاز له ذلك فهل يجوز له أن يدفع الأجرة لشريكه على أن يتولى العمل جميعه؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: **ويودع لعذر وإلا ضمن** ش: قال اللخمي: ولا يجوز لأحد الشريكين أن يودع شيئا من مال الشركة إلا لعذر، وكذلك أحد المتفاوضين، وله أن يقبل الوديعة اختيارا من غير عذر فإن مات المودع

الحديث

....

[2331] *- في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن عدود ص128.

[2332] *- في المطبوع يعملا وما بين المعقوفين من ن عدود ص128

[2333] *- في المطبوع مستأجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص128

نص خليل

وَمُسْتَعِيرُ دَابَّةٍ بِلاَ إِذْنٍ وَإِنْ لِلشِّرْكَةِ وَمُتَّجِرٌ بِوَدِيعَةٍ بِالرِّبْحِ وَالْخُسْرِ إلاَّ أَنْ يَعْلَمَ شَرِيكُهُ بِتَعَدِّيهِ فِي الْوَدِيعَةِ وَكُلٌّ وَكِيلٌ فَيُرَدُّ عَلَى حَاضِرٍ لَمْ يَتَوَلَّ كَالْغَائِبِ إِنْ بَعُدَتْ غَيْبَتُهُ وَإِلاَّ انْتُظِرَ وَالرِّبْحُ وَالْخُسْرُ بِقَدْرِ الْمَالَيْنِ وَتَفْسُدُ بِشَرْطِ التَّفَاوُتِ وَلِكُلٍّ أَجْرُ عَمَلِهِ لِلآخَرِ وَلَهُ التَّبَرُّعُ وَالسَّلَفُ وَالْهِبَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي التَّلَفِ وَالْخُسْرِ وَلآخِذٍ لاَئِقٍ لَهُ وَلِمُدَّعِي النِّصْفِ وَحُمِلَ عَلَيْهِ فِي تَنَازُعِهِمَا وَلِلاِشْتِرَاكِ فِيمَا بِيَدِ أَحَدِهِمَا إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ عَلَى كَإِرْثِهِ وَإِنْ قَالَتْ لاَ نَعْلَمُ تَقَدُّمَهُ لَهَا إِنْ شهِدَ بِالْمُفَاوَضَةِ وَلَوْ لَمْ يُشْهَدْ بِالإِقْرَارِ بِهَا عَلَى الأَصَحِّ.

متن الحطاب

ولم توجد الوديعة كانت في ذمته كان شريكا أو مفاوضا. انتهى. وقال في المدونة: وأما إيداعه فإن كان لوجه عذر لنزوله بلدا [فيرى[2334]] أن يودع إذ منزله الفنادق فذلك له، وأما إن أودعه لغير عذر ضمنه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله فذلك له أي عليه، وإنما قال ذلك له ليرفع إيهام من يتوهم أنه لا يجوز له. انتهى. والله أعلم.

ص: **ومستعير دابة بلا إذن وإن للشركة** ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإذا استعار أحدهما ما حمل عليه لنفسه أو لمال الشركة فتلف فضمانه على المستعير، ولا شيء على شريكه لأن شريكه يقول كنت استأجرت [ليلا[2335]] أضمن، وقال غيره لا يضمن الدابة في العارية إلا بالتعدي. قال أبو

129 الحسن: ظاهر هذا أن ابن القاسم تكلم في الدابة، وهذا خلاف أصله فيما لا يغاب عليه/ أنه لا يضمن في العارية إلا بالتعدي، فذهب حمديس إلى أن معنى قول ابن القاسم فيما يغاب عليه. أبو الحسن: فيكون قوله: "ما حمل عليه" يحتمل أن يكون الإكاف، وقال أبو محمد: يريد بعد أن يتبين [كذبه[2336]] في الحيوان، فقول الغير تفسير، وذكر عن القابسي أنه إنما يضمن إذا قضى به قاض يرى ذلك وهو رأي أهل الكوفة، وكان القاضي بمصر يومئذ ممن يرى ذلك. انتهى. فحاصله أن معنى استبداده بالخسر هنا أن الضمان عليه، والضمان إنما يكون بالتعدي، أو بأن يظهر كذبه، أو يحكم به حاكم يرى ذلك، وأما استبداده بالربح هنا فلم أر من صرح به، وانظر هل معناه أنه يطالب شريكه بما ينوبه من كرائها؟ ولم أقف على شيء في ذلك فتأمله.

فرع: قال فيها: وإن استعارها أحدهما لحمل طعام من الشركة فحمله شريكه الآخر عليها بغير أمر شريكه لم يضمن إن فعل بها ما استعيرت له وشريكه كوكيله. والله أعلم.

ص: **إلا أن يعلم شريكه بتعديه في الوديعة** ش: اقتصر المصنف على العلم، والذي في المدونة فإن علم شريكه بالعداء ورضي بالتجارة بها بينهما فالربح بينهما والضمان عليهما، ولا شك أن الرضا أخص من العلم. فتأمله.

ص: **وكل وكيل** ش: أي كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخر فلذلك لا شفعة لأحدهما فيما باعه الآخر. قاله في كتاب الشفعة من المدونة. وإن ادعى أحدهما بما قيمته ربع دينار فليس له تغليظ اليمين؛ لأن الذي يجب لكل نصف ذلك، وإن ادعى عليهما بربع دينار فتغلظ اليمين؛ لأن كل واحد عليه نصف الحق وهو كفيل [بالنصف[2337]] الذي على صاحبه. قاله في كتاب الدعاوى من الذخيرة. والله أعلم. وسيأتي في الشفعة في قول المؤلف: "وشفع لنفسه أو ليتيم آخر" شيء من ذلك. والله أعلم.

130 ص: **وله التبرع والسلف والهبة بعد العقد** ش: ظاهر كلام ابن عرفة/ وابن غازي أنه لا يجوز

الحديث

[2334] – في المطبوع يرى وما بين المعقوفين من من الشيخ96 ويحيى.

[2335] *– في المطبوع لأن لا وما بين المعقوفين من م46 وسيد22 ويحيى52 والشيخ97.

[2336] *– في المطبوع كونه وما بين المعقوفين من ن عدود ص129.

[2337] – في المطبوع بنصف وما بين المعقوفين من ن عدود والزائد ص 129 وم46 ويحيى52 والشيخ97.

نص خليل

وَلِمُقِيم بَيِّنَةٍ بِأَخْذِ مِائَةٍ أَنَّهَا بَاقِيَة إِنْ شُهِدَ بِهَا عِنْدَ الاخِذِ أَوْ قَصُرَتِ الْمُدَّةُ كَدَفْعِ صَدَاقٍ عَنْهُ فِي أَنَّهُ مِنَ الْمُفَاوَضَةِ إِلاَّ أَنْ يَطُولَ كَسَنَةٍ وَإِلاَّ بِبينَةٍ عَلَى كَإِرْثِهِ وَإِنْ قَالَتْ لاَ نَعْلَمُ وَإِنْ أَقَرَّ وَاحِدٌ بَعْدَ تَفَرُّقٍ أَوْ مَوْتٍ فَهْوَ شَاهِدٌ فِي غَيْرِ نَصِيبِهِ وَأُلْغِيَتْ نَفَقَتُهُمَا وَكِسْوَتُهُمَا وَإِنْ بِبَلَدَيْنِ مُخْتَلِفَي السِّعْرِ كَعِيَالِهِمَا إِنْ تَقَارَبَا وَإِلاَّ حَسَبَا كَانْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِهِ.

متن الحطاب

بعد العقد، وقد صرح بجواز ذلك بعد العقد في كتاب الشركة من المدونة قال بعد أن ذكر أنهما إذا عقداها على شرط التفاوت تفسد ما نصه: ولو صح عقد المتفاوضين في المال ثم تطوع الذي له الأقل فعمل في الجميع جاز ولا أجر له. انتهى. وتقدم كلامه هذا عند قول المؤلف: "ولزمت بما يدل عرفا".

ص: **ولمقيم بينة بأخذ مائة أنها باقية إن [أشهدا[2338]] بها عند الأخذ أو قصرت المدة** ش:

131

يعني أن القول لمن أقام من الشريكين بينة بأن صاحبه أخذ مائة أن المائة باقية إن شهد/ بها عند أخذه لها، سواء طالت المدة أو قصرت، وكذا إن لم يشهد بها عند الأخذ إن قصرت المدة هذا ظاهر كلامه، والمسألة في آخر كتاب الشركة من المدونة. قال فيها: وإن مات أحد الشريكين فأقام صاحبه بينة أن مائة دينار من الشركة كانت عند الميت فلم توجد ولا علم مسقطها، فإن كان موته قريبا من أخذها فيما يظن أن مثله لم يشغلها في تجارة فهي في حصته، وما تطاول وقته لم يلزمه، أرأيت لو قالت البينة إنه قبضها منذ سنة وهما يتجران أيلزمه أي أنه لا شيء عليه؟ انتهى.

وذكر في النوادر عن كتاب محمد نحو هذا، وأن محمد بن المواز قيده بما نصه: محمد: إن أشهد على نفسه بأخذ المائة شاهدين لم يبرأ منها إلا ببينة أنه ردها وإن طال ذلك، وأما إقراره بغير تعمد إشهاد ولا كتاب فكما قال في صدر المسألة. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره مسألة المدونة: وتقييد محمد انظر قوله ولا كتاب ظاهره إن كان بكتاب لم [يبرأ[2339]] إلا ببينة، ووجهه أنه إذا أخذها فقد وثق أخذها فلا يبرأ إلا بدليل على البراءة. انتهى. وقال في التوضيح بعد ذكره كلام المدونة وتقييد محمد، وحاصله أن كلامه في المدونة مقيد بما إذا لم يشهد، وأما إذا أشهد على نفسه بأخذ المائة فلا يبرأ منها إلا بإشهاد أنه ردها طال ذلك أو قصر، والظاهر أن مراد محمد بقوله أشهد أن تكون البينة قصد بها التوثق كما قالوا في البينة التي لا تقبل دعوى المودع معها الرد هو أن يأتي بشهود يشهدهم على دفع الوديعة للمودع، وأما لو دفع بحضرة قوم ولم يقصد التوثق بشهادتهم فلا، ولأنه الذي يفهم من قول محمد، وأما إن كان إقراره من غير قصد إشهاد فكما ذكر ابن القاسم. انتهى. إذا علمت ذلك فيتعين أن يكون قول المصنف: "إن أشهد" بهمزة في أوله على أنه رباعي أي أشهد بها قاصدا للتوثق كمسألة المودع، وقد نبه على ذلك ابن غازي. والله أعلم.

تنبيه: علم مما تقدم أن الموجب للضمان هو الإشهاد بأخذها بقصد التوثق، وأن مما يدل على ذلك كون الإشهاد بكتاب كما قال ابن عرفة، وإذا حصل الإشهاد المقصود به التوثق فلا يسقط بطول الزمان

الحديث

....

[2338] *- في المطبوع شهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص130.

[2339] *- في المطبوع يبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص131.

نص خليل وَإِنِ اشْتَرَى جَارِيَةً لِنَفْسِهِ فَلِلآخَرِ رَدُّهَا.

متن الحطاب ولو زاد على عشرين كما في الوديعة فإنه سيأتي إن شاء الله أن قول المصنف في باب الوديعة: "إلا كعشر" إنما هو إذا كانت بغير إشهاد مقصود به التوثق، وأما مع الإشهاد فلا يبرأ إلا بدفعها، فإذا مات الشريك ولم يوص بشيء مما أشهد أنه عنده من مال الشركة ولم يوجد فيحمل على أنه عنده، وأما إذا كانت بغير إشهاد أو إشهاد لم يقصد به التوثق فيكفي في سقوط الضمان بها مضي سنة ونحوها، بخلاف الوديعة كما سيأتي، وفرق بينهما ابن رشد بأن الشريك مأذون له في التصرف فيحمل على أنه ردها بخلاف المودع.

تنبيه: علم من هذا أن هذا إنما يفيد حيث يكون المال الذي للشركة تحت يده وهو يتصرف فيه فيحمل على أنه رد البعض الذي أخذه، وأما لو علم أنه لم يصل إلى ذلك فلا يفيد، والظاهر أيضا أنه لا فرق بين مائة أو جميع مال الشركة أعني إذا أشهد بأنه حبسه تحت يده فإن كان الإشهاد مقصودا منه التوثق لم يبرأ منه إلا بإشهاد، وإلا فلا. والله أعلم.

ص: **وإن اشترى جارية لنفسه فللآخر ردها** ش: ذكر رحمه الله لشراء الجارية ثلاثة أوجه كما قال في التوضيح: الأول أن يشتريها لنفسه للوطء أو للخدمة بغير إذن شريكه، وهذا هو الوجه الذي أشار إليه بقوله: "فللآخر ردها" يعني أن للشريك الآخر أن يردها للشركة وله أن يمضيها له بالثمن الذي اشتراها به، وقاله في المدونة، وهذا إذا لم يطأها المشتري، فإن وطئها فحكمها حكم من وطيء أمة الشركة وسيأتي.

فرع: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة: فإن قال له اشتر سلعة كذا للشركة ففعل ثم [جحده[2340]] أن يكون أمره بذلك وزعم أنه إنما [اشتراها[2341]] لنفسه خالصا من ماله فأقام عليه البينة أنه أمره قال أراه بينهما على ما أمره. قال ابن رشد: قوله في هذه المسألة: "ثم جحده"/ دليل هو كالنص أنه لو أقر أنه أمره بذلك وقال لم أرد أن أشتري لك شيئا فاشتريته لنفسي لم يكن ذلك له وكان معه شريكا شاء أو أبى. 132

فرع: قال في السؤال المذكور: فإن قال إني [أشركت[2342]] فيه فلانا وفلانا عند الاشتراء ولا يعلم ذلك إلا بقوله. قال: أرى ذلك بينهما على ما أمره، ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلانا وفلانا. قال ابن القاسم: ويدخل فيه اللذان يزعم أنه أشركهما بذلك على [الذي[2343]] أقر لهما، إن كان أقر لهما بالنصف كان لهما نصف ما في يديه وإن كان الثلث فلهما الثلث مما بقي في يديه أو أقل من ذلك أو أكثر فعلى هذا يحسب، ولا يؤخذ ما في يديه كله لأنه أقر لهما بهذا الذي في يديه والذي صار لصاحبه. قال ابن رشد: قوله: "ولا يصدق في قوله إنه أشرك فيه فلانا وفلانا" دليل على أنه لو كان لفلان وفلان بينة على أنه أشركهما في ذلك لوجب أن يكون أحق بالنصف، وفي ذلك اختلاف قيل

الحديث

[2340] – في المطبوع وم47 جحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص131 وم46 ويحيى53 والشيخ98.

[2341] – في المطبوع اشتراه ويحيى53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 131 وم47 والشيخ98.

[2342] – في المطبوع أشركتك وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم47 ويحيى53 والشيخ98.

[2343] – في المطبوع اللذين وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم47 ويحيى53 والشيخ98.

نص خليل إلاَّ لِلْوَطْه بِإِذْنِهِ وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةً لِلشِّرْكَةِ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَحَمَلَتْ قُوِّمَتْ.

متن الحطاب إنه لا يكون لهما إلا نصف النصف لأنه إنما أشركهما في ماله ومال غيره فهو يقول لهما إني أشركتكما في حقي وحق غيري فليس لكما إلا نصف ما بيدي، والثاني أنه يكون لهما جميعا النصف لأنهما يقولان له [اشركتنا[2344]] في نصف ذلك ولك نصفه وأسلمه إلينا، وهذا القول الثاني مخرج من مسألة الحانوت بين رجلين باع أحدهما نصفه على الإشاعة. انتهى مختصرا. والله أعلم.

ص: **إلا للوطء بإذنه** ش: هذا هو الوجه الثاني. قال في التوضيح: الثاني أن يشتريها للوطء بإذن شريكه فلا شك أن شريكه أسلفه نصف ثمنها، وأن ربحها له وعليه نقصها. انتهى.

قلت: وقوله: "يشتريها للوطء" فيه إجمال، والأحسن أن يقول أن يشتريها لنفسه بإذن شريكه للوطء أو غيره، وهكذا نقله ابن يونس وأبو الحسن. قال أبو الحسن: الوجه الثاني: أن يشتريها لنفسه بإذن شريكه على أن يضمنها إن هلكت فله ربحها وعليه خسارتها، وهذا قد أسلف شريكه نصف ثمنها فله النماء وعليه النقصان. انتهى. وأما لو اشتراها بإذن شريكه ليطأها وعلى أنها للشركة بمعنى أن الربح والخسارة على المال فنص اللخمي على أنها كالمحللة، فإن لم يطأها ردت للشركة وإن لم يعلم بذلك حتى وطئها لزمته قيمتها من غير خيار لواحد منهما. فهذا الوجه والذي قبله اشتركا في أنه اشتراها لنفسه وافترقا من جهة أن الأول اشتراها بغير إذن شريكه والثاني اشتراها بإذن شريكه، ولهذا قال ابن غازي إن ما وقع في بعض النسخ من قوله: "إلا [بالوطء[2345]] أو بإذنه" بجر اللفظين بالباء وعطف أحدهما على الآخر بأو [بدل[2346]] قوله إلا للوطئ أتم فائدة حسبما يظهر بالتأمل، وذلك أن هذه النسخة تفيد أنه اشتراها لنفسه في كلا الوجهين، لكن في الأول بغير إذن شريكه، وفي الثاني بإذنه ويفيد أن التخيير في الوجه الأول محله ما لم يطأ.

ص: **وإن وطىء جارية للشركة بإذنه أو بغير إذنه وحملت قومت** ش: هذا هو الوجه الثالث، وهو أن يشتري الجارية للشركة ثم يطؤها، وهذا الوجه على ثلاثة أقسام: أحدها أن يطأها بإذن شريكه فهذه محللة يلزم الواطىء قيمتها، حملت أو لم تحمل، وإلى هذا أشار بقوله: "بإذنه" وجوابها محذوف؛ أي قومت، سواء حملت أو لم تحمل، ومثله ما إذا اشتراها ليطأها على أن ربحها وخسرها على المال ووطئها كما تقدم عن اللخمي، والثاني أن يطأ جارية الشركة بغير إذن شريكه وتحمل فيجب عليه قيمتها، وإليه أشار بقوله: "أو بغير إذنه وحملت قومت" فقوله: "وحملت" جملة حالية قيد في الوجه الثاني.

تنبيه: هذان الوجهان وإن اشتركا في وجوب القيمة فهما مختلفان؛ لأنه إذا أعدم في الوجه الأول وحملت الأمة لم تبع واتبع بالقيمة في ذمته، وأما إذا لم تحمل فتباع عليه لأجل القيمة. قاله في كتاب القذف من المدونة في الأمة المحللة، وأما في الوجه الثاني فالذي رجع إليه مالك أن الشريك

الحديث ......

[2344] – في المطبوع اشركنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 132 وم47 ويحيى53 والشيخ98.
[2345] – في المطبوع لوطء وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم47 ويحيى53 والشيخ99.
[2346] – في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 132 وم47 ويحيى53 والشيخ99.

نص خليل وَإلاَّ فَلِلآخَرِ إبْقَاؤُهَا أوْ مُقَاوَاتُهَا.

متن الحطاب مخير فإن شاء تمسك بنصيبه واتبعه بنصف قيمة الولد، وإن شاء أخذه بنصف قيمتها يوم حملت
133 ويباع ذلك النصف على/ الواطئ بعد أن تضع فيما لزمه من نصف قيمتها فيأخذه الشريك إن كان كفافا بما لزم من نصف نصيب الواطيء، [ويتبعه[2347]] بنصف قيمة الولد دينا وإن [نقص[2348]] ما بيعت به عن نصف قيمتها يوم حملت اتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد ولو ماتت قبل الحكم كان عليه نصف قيمتها مع نصف قيمة ولده. قاله في كتاب القذف، وسيذكر المصنف ذلك في كتاب أمهات الأولاد.

ص: وإلا خير الآخر في إبقائها وتقويمها ش: أي وإن لم تحمل، وهذا هو القسم الثالث من الوجه الثالث وهو أن يطأ جارية الشركة بغير إذن شريكه ولم تحمل، واختلف فيها على أقوال. المشهور منها أن الشريك الذي لم يطأ مخير في أن يقومها على الواطيء أو يتماسك بحصته منها، وهذا القول هو الذي ذكره في كتاب أمهات الأولاد من المدونة وفي كتاب القذف، وقال ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الاستبراء: هذا [قوله[2349]] في المدونة وهو المشهور في المذهب. انتهى. وقال عياض في التنبيهات في كتاب أمهات الأولاد: وإن لم تحمل فالمعروف من مذهب المدونة والمفسر فيها في هذا الكتاب وغيره أن سيدها بالخيار في التقويم والتماسك وقد جاء لفظان في كتاب الشركة ظاهرهما خلاف هذا. انتهى.

وصدر ابن الحاجب بهذا القول فعزاه في التوضيح لغير ابن القاسم في المدونة، واعترض على ابن الحاجب بأن مقتضى المدونة إنما هو التخيير في إبقائها على الشركة أو إمضائها بالثمن لا بالقيمة، وكأنه رحمه الله اعتمد ما حكى في توضيحه عن جماعة من علمائنا أن الأمة المشتراة للتجارة ثم يطؤها على ضربين: أحدهما أن يشتريها للتجارة من غير قصد وطء ثم يطؤها، والثاني أن يشتريها ليطأها وعلى أن الربح والخسارة فيها على المال، وهذه الثانية هي التي ذكر في المدونة فيها الخلاف، وأما الأولى فيخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما إن لم تحمل. انتهى. فكأنه حمل ما في أمهات الأولاد والقذف على الأولى وما في الشركة على الثانية، والذي في التنبيهات والبيان يدل على أن الخلاف جار في الصورتين، ومذهب المدونة فيهما التخيير بين أن يتماسك بنصيبه أو يقومها عليه فتأمله. ومشى رحمه الله في هذا الكتاب على المشهور المعروف من مذهب المدونة، وعلى ما وقع في بعض النسخ من قوله: "في إبقائها وتقويمها" بصيغة التفعيل من القيمة، ويقع في كثير من النسخ ومقاومتها بصيغة المفاعلة ويرجع إلى الأول بتكلف، وفي بعض النسخ: "مقاواتها" والمقاواة المزايدة، وهذا يوافق ما في كتاب الشركة لمالك، لكنه خلاف المشهور من المذهب. والله أعلم.

تنبيه: علم مما تقدم أنه لا فرق بين أن يشتريها للشركة من غير قصد وطء ثم يطؤها أو يشتريها للوطء وعلى أن الربح والخسارة للمال، ومثله أيضا ما إذا اشترى الأمة لنفسه بغير إذن شريكه ووطئها.

الحديث ....

[2347] *- في المطبوع وسيد23 والشيخ99 وتبعه وما بين المعقوفين من م47 ويحيى53.

[2348] - في المطبوع نقصت والشيخ99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 133 ويحيى53.

[2349] *- في المطبوع قول وما بين المعقوفين من م47 وسيد23 ويحيى53 والشيخ99.

نص خليل وَإن اشْتَرطَا نَفْيَ الاِسْتِبْدَادِ فَعِنَانٌ وَجَازَ لِذِي طَيْرٍ وَذِي طَيْرَةٍ أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى الشَّرِكَةِ فِي الْفِرَاخِ وَاشْتَرِ لِي وَلَكَ فَوَكَالَة وَجَازَ وَانْقُدْ عَنِّي إن لَّمْ يَقُلْ وَأَبِيعُهَا لَكَ وَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا إلاَّ أَنْ يَقُولَ وَاحْبِسْهَا فَكَالرَّهْنِ وَإِنْ أَسْلَفَهَا غَيْرُ الْمُشْتَرِي جَازَ إلاَّ لِكَبَصِيرَةِ الْمُشْتَرِي وَأُجْبرَ عَلَيْهَا إن اشْتَرَى شَيْئًا بِسُوقِهِ لاَ لِكَسَفَرٍ وَقِنْيَةٍ.

متن الحطاب **فرع:** قال في البيان إثر كلامه المتقدم: وإذا تمسك الشريك بنصيبه ولم يقومها على شريكه منع الشريك من الغيبة عليها لئلا يعود إلى وطئها ويعاقب على ما فعل من ذلك، وإن كان جاهلا لم يعذر بجهله إلا أن عقوبته أخف من عقوبة العالم. قاله ابن حبيب. انتهى.

قلت: هو خلاف قولها في كتاب القذف: وإذا وطىء أحد الشريكين أمة بينهما وهو عالم بالتحريم لم يحد لشبهة الملك، وعليه الأدب إلا أن يعذر بجهل. انتهى. وفي كتاب أمهات الأولاد من التوضيح ويؤدب إلا أن يعذر بجهالة على المشهور.

ص: وإن اشترطا نفي الاستبداد فعنان ش: قال ابن عرفة: قال عياض عنان ضبطناه بكسر العين وهو المعروف، وفي بعض كتب اللغة فتحها ولم أره. انتهى. وقال ابن عبد السلام: منهم من يضبطها بفتح العين، ومنهم من/ يضبطها بالكسر. انتهى. وهي جائزة ويلزم الشرط. قاله ابن شاس وابن الحاجب، ونص ابن الحاجب: فإن شرطا نفي الاستبداد لزم، وتسمى شركة العنان. قال ابن عبد السلام: يعني أن كل واحد من الشريكين يجوز تصرفه في مال الشركة في حضرة صاحبه ومع غيبته فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما إلا بحضرة صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى نفي الاستبداد لزم الشرط، وتسمى شركة عنان، وظاهر كلامه أنه يكفي في تسميتها بهذا الاسم حصول الشرط المذكور، سواء كانت في نوع من المتاجر أو لا، ومنهم من قال هي الشركة في نوع مخصوص، سواء حصل ذلك الشرط أو لم يحصل، ومنهم من قال هي الشركة في شيء بعينه؛ يعني كثوب واحد أو دابة واحدة، واختلف في الاشتقاق مماذا هو اختلافا كثيرا. 134

قال ابن القاسم: وأما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك، ولا رأيت أحدا من أهل الحجاز يعرفه قيل إنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم.

قلت: وقد علق ابن القاسم الحكم على شركة العنان في غير موضع من المدونة، لكنه لم يفسرها. اهـ.

ص: وجاز لذي طير وذي طيرة أن يتفقا على الشركة في الفراخ ش: قال ابن سلمون: وسئل بعض فقهاء الشورى عن الرجل يجعل ديكا ويجعل الآخر دجاجة ويشتركان في الفلاليس؟ فقال: لا يجوز ذلك؛ لأنهما لا يتعاونان على الحضانة. قال: فإن جعل أحدهما حمامة أنثى والآخر ذكرا جازت الشركة؛ لأنهما يتعاونان على الحضانة. انتهى. وانظر البرزلي في الشركة.

ص: إن لم يقل وأنا أبيعها لك ش: فإن وقع ذلك وعثر عليه قبل النقد أمر كل واحد أن ينقد حصته ويتولى بيعها، وإن عثر على ذلك بعد النقد أمر المنقود عنه أن يدفع ما نقده عنه معجلا ولو شرط تأجيله، ولا يلزمه بيع حظ المسلف إلا أن يستأجره بعد ذلك استئجارا صحيحا، فإن كان قد باع فله جعل مثله.

ص: وإن أسلف غير المشتري جاز إلا لكبصيرة المشتري ش: أي فلا يجوز لأنه يصير سلفا بمنفعة. قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة من البيان: مسألة: قال سحنون:

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب أخبرني ابن القاسم عن مالك أنه قال في رجل دعا أخا له إلى أن يسلفه ذهبا ويخرج مثلها ويشاركه فيها ويتجران جميعا بها في موضعهما أو يسافران في ذلك. قال ابن القاسم: إذا كان ذلك على وجه الصلة والمعروف منه إلى أخيه، ولا حاجة إليه في شيء إلا الرفق به فلا بأس بذلك، وأما إن كان يحتاج إليه في بصر في البيع والاشتراء أو إنفاذه في التجارة ولعلمه ونحوه فلا خير فيه. قال ابن القاسم: وقال لي مالك بعد ذلك: لا خير فيه على كل حال، وتفسيره الأول هو أحب إلي. قال ابن رشد: قوله: "إذا كان منه على وجه الصلة والمعروف منه إليه ولا حاجة له في شيء من ذلك إلا الرفق" صحيح لأنه إذا فعل ذلك لارتفاقه بمشاركته إياه في وجه من الوجوه كان سلفا جر منفعة، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن سلف جر نفعا[1]، ولا اختلاف في أنه لا بأس بذلك إذا صحت نيته في ذلك

135 ولا في أنه لا يجوز إذا قصد به منفعة نفسه، وإنما/ الخلاف إذا لم يقصد فمرة رأى مالك النية في ذلك محتملة فسأله عنها فصدقه فيها، ومرة رآها بعيدة، والأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه بدليل سؤاله إياه الشركة فنهاه عن ذلك، وقال لا خير فيه ولو كان الشريك هو الذي سأله أن يسلفه ويشاركه لوجب أن يسأل عن نيته في ذلك قولا واحدا وهذا كله فيما يؤمر به ابتداء وينهى عنه، وأما إذا وقع ذلك وادعى أنه قصد بسلفه منفعة نفسه ليأخذ سلفه معجلا إن كان ضرب له أجلا أو قيمته إن كان عرضا وفات فعلى القول بأنه يسأل عن نيته ابتداء لا يصدق في ذلك، وعلى القول بأنه لا يسأل عن نيته ابتداء وينهى عن الفعل يصدق في ذلك مع يمينه، ويأخذ سلفه معجلا. انتهى. فإن لم يطلع عليه حتى فاتت الشركة وعملا فللمقرض ربح المائة القرض، وإن كان المقترض اشترط عليه الانفراد في العمل فله ربح المائة القرض، وله أجرة عمله في مائة صاحبه هذا الذي يقتضيه الفقه فتأمله.

وقال إثر هذه المسألة: مسألة: قال ابن القاسم: قال مالك في رجلين اشتركا في مال لهما لا يستويان فيه لأحدهما مائة وللآخر خمسون، ثم إن صاحب المائة دعا صاحب الخمسين إلى أن يسلفه نصف الخمسين التي يفضله بها حتى يستويا في الشركة قال: إذا كان ذلك على غير شرط المشاركة ولا لحاجة من المسلف الذي أسلفه في بصر ولا على شيء إلا الرفق به فلا بأس به. قال محمد بن رشد: هذا كما قال أنه إذا كان ذلك شرطا في أصل الشركة فلا يجوز من أجل أنه إذا كان ذلك شرطا في أصلها، وذلك مثل أن يقول له لي مائة دينار فأنا أسلفك منها خمسة وعشرين على أن تشاركني بأن أخرج أنا الخمسة والسبعين الباقية لي، وتخرج أنت مثلها بالخمسة والعشرين التي أسلفتك فقد تبين أن المسلف قصد منفعة نفسه فكان ذلك سلفا جر منفعة، وكذلك لو قال له ذلك بعد أن عقد الشركة معه على أن يخرج هذا مائة وهذا خمسين يشتركان فيها على الثلث والثلثين لما جاز أيضا؛ لأن الشركة من العقود الجائزة التي لا تلزم بالعقد، وإنما يفترق أن يقول له ذلك في العقد أو بعده إذا قاله على وجه غير الشرط مثل أن يقول له تعال أسلفك خمسة وعشرين فتضيفها إلى الخمسين التي لك فأخرج أنا خمسة وسبعين مثلها فنشترك فيها، أو يقول له ذلك بعد أن عقد الشركة معه على أن يخرج هو مائته وهذا خمسينه فيشتركان فيها على الثلث والثلثين لأنه إذا قال له ذلك في العقد ابتداء كان الأظهر منه أنه قصد منفعة نفسه، فصدق في ذلك مع يمينه إن ادعاه حسبما مضى في المسألة

الحديث [1]- من حديث علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر منفعة نيل الاوطار، الشوكاني، دار الفكر، ج5 ص351.

نص خليل

وَغَيْرُهُ حَاضِرٌ لَّمْ يَتَكَلَّمْ مِنْ تُجَّارِهِ لا ببيته وَهَلْ وَفِي الزُّقَاقِ لاَ كَبَيْتِهِ قَوْلاَنِ وَجَازَتْ بِالْعَمَلِ إن اتَّحَدَ أَوْ تَلاَزَمَ وَتَسَاوَيَا فِيهِ أَوْ تَقَارَبَا وَحَصَلَ التَّعَاوُنُ وَإِنْ بِمَكَانَيْنِ وَفِي جَوَازِ إِخْرَاجِ كُلٍّ آلَةً وَاسْتِئْجَارِهِ مِن الآخَرِ أَوْ لاَ بُدَّ مِنْ مِلْكٍ أَوْ كِرَاءٍ تَأْوِيلاَنِ كَطَبِيبَيْنِ اشْتَرَكَا فِي الدَّوَاءِ.

متن الحطاب

قبلها، وإذا قال له ذلك بعد العقد كان محمولا على أنه لم يقصد منفعة نفسه إذ قد رضي بشركته، فأشبه أن يكون المشترك هو الذي سأله ذلك، ولو قال له ذلك بعد أن عقد الشركة واشتريا بها عروضا للتجارة على الثلث والثلثين مبلغ رؤوس أموالهما لكان ذلك بيعا جائزا [وإن[2350]] سمياه سلفا؛ لأنه باع منه سدس العروض بالخمسة والعشرين التي [سميا[2351]] سلفا. انتهى. والله أعلم.

136 ص: **وغيره حاضر لم يتكلم من تجاره** ش: يريد ولم يبين المشتري أنه إنما يشتريه لنفسه/ فقط، فإن تبين ذلك لم يكن لأحد ممن حضره دخول معه. قاله ابن الحاجب وغيره.

قلت: والمراد أن يبين ذلك لتجار تلك السلعة الذين يريدون مشاركته كما يؤخذ ذلك من كلام ابن عبد السلام، [فإنه[2352]] بعد أن ذكر أنهم يشاركونه قال ما نصه: ما لم يبين متولي الشراء أنه لا يشارك منهم أحدا، ومن شاء منهم أن يزيد عليه زاد، فإذا بين لهم هكذا لم يكن لأحد ممن حضر دخول معه. انتهى. وهو كلام حسن.

ص: **وهل وفي الزقاق لا كبيته قولان** ش: صدر في الشامل بأنهم لا يشاركونه إذا اشترى في الزقاق وعطف القول بالشركة فيه بقيل.

ص: **إن اتحدا أو تلازما** ش: يريد-والله أعلم- بالتلازم أن يكون صنعة أحدهما لا تنفق إلا بنفاق

137 الأخرى./

تنبيه: قال في النكت: واعلم أنه إنما لا تجوز شركة ذوي صنعتين متى كانا يعملان بأيديهما، فأما إن كانا يتجران في صنعتين بأموالهما فذلك جائز، وكذلك رأيت لأشهب في كتاب ابن المواز. قال: لا بأس أن يخرجا مالا متساويا على أن يقعد هذا بزازا وهذا قطانا. انتهى. والله أعلم.

ص: **وفي جواز إخراج كل آلة واستئجاره من الآخر أو لا بد من ملك أو كراء تأويلان** ش: ذكر رحمه الله مسألتين: الأولى منهما هل يكفي في الشركة أن يخرج كل منهما آلة مساوية لآلة الآخر، وهو قول سحنون، [وتأول[2353]] المدونة عليه، أو لا بد أن يشتركا في الآلة بملك أو كراء ولو بأن يكتري من شريكه، وهو ظاهر المدونة، بل صريحها كما سيأتي في مسألة الرحا والبيت والدابة؟ لكنه قال في المدونة: إن وقع مضى وصحت الشركة، وسيأتي بيان ذلك في قوله: "كذي رحا وذي بيت وذي دابة" وعلى كلا التأويلين فذلك لا يفسد الشركة كما تقدم عن المدونة. الثانية هل يكفي في الاشتراك في الآلة أن تكون لأحدهما ويستأجر الآخر منه نصفها. قال في التوضيح: قال عياض وغيره هو ظاهر الكتاب.

الحديث ....

2350 *- في المطبوع أو إن وما بين المعقوفين من الشيخ101 ويحيى55 وم48.

2351 - في المطبوع سمياه والشيخ101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص135 وم48 ويحيى55.

2352 - في المطبوع وغير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 136 وم48 ويحيى55 والشيخ101.

2353 *- في المطبوع وتؤول وما بين المعقوفين من سيد24 وم48 ويحيى55 والشيخ102.

نص خليل
وَصَائِدَيْن فِي الْبَازَين وَهَلْ وَإِن افْتَرَقَا رُوِيَتْ عَلَيْهِمَا وَحَافِرَيْن بكَركَازٍ وَمَعْدِنٍ وَلَمْ يَسْتَحِقَّ وَارِثُهُ بَقِيَّتَهُ وَأَقْطَعَهُ الإِمَامُ وَقُيِّدَ بِمَا لَمْ يَبْدُ.

متن الحطاب
قال ابن عبد السلام: وهو المشهور من المذهب، وعليه اقتصر ابن الحاجب، أو لا بد من التساوي في الملك والكراء من غيرهما وهو مروي عن ابن القاسم؟

قلت: كلامه في المدونة في مسألة تطوع أحد الشريكين بكثير الآلة، وفي مسألة صاحب البيت والرحا صريح في الأول وسيأتيان ففي تسوية المصنف بين التأويلين في هذه المسألة نظر.والله أعلم. وهذا فيما يحتاج فيه إلى الآلة التي لها قيمة، وأما ما لا يحتاج إلى الآلة أو يحتاج إلى آلة لا قدر لها كالخياطة فلا كلام في ذلك. انظر التوضيح.

138 ص: وصائدين في البازين وهل وإن افترقا رويت عليهما ش: مقتضى كلامه أنه لا بد في شركة/ الصائدين من اشتراكهما في البازين، ثم هل تجوز وإن افترقا، أو لا بد مع ذلك من اجتماعهما؟ في ذلك قولان رويت المدونة عليهما، وقد يتبادر هذا إلى الفهم من كلامه في التنبيهات، لكن إذا تأملته وجدته يدل على أن المدونة رويت على قولين أحدهما أنه لا بد أن يشتركا في البازين وأن لا يفترقا بل يكون طلبهما واحدا، والثاني أن الشرط أحد شيئين [إما[2354]] أن يشتركا في البازين فتجوز الشركة، وإن افترقا أو يجتمعا في الطلب فتجوز وإن لم يشتركا في رقاب البازين، ولفظ المدونة: ولا يجوز أن يشتركا على أن يصيدا ببازيهما أو كلبيهما إلا أن يملكا رقابهما، أو يكون البازان أو الكلبان [طلبهما وأخذهما واحد[2355]] لا يفترقان.

قال في التنبيهات: كذا في روايتي عن شيوخي يعني بأو، وفي بعض الروايات ويكون البازان، فعلى هذا لا يتفرق الصائدان وإن اشتركا فيهما كالصانعين، ونحوه في كتاب محمد، وأما على رواية أو فاستدل منه الأشياخ على [أن[2356]] الاشتراك إذا حصل بينهما لم يلزم اجتماعهما وجاز الافتراق، ويستدل منه أيضا على أن التساوي في الآلة يجوز [معه[2357]] الاشتراك وإن لم يشتركا فيها.انتهى بالمعنى. فآخر كلامه يدل على أن أحد الأمرين كاف فتأمله. ونص اللخمي على أن أحد الأمرين كاف فقال إن كانت البزاة أو الكلاب مشتركة جاز، وإن افترقا في الاصطياد، وإن لم يفترقا في البزاة والكلاب جازت الشركة إذا كان الصيد بهما معا يتعاونان ولا يفترقان، فيكون مضمون الشركة عملا بعمل، ولا يجوز إذا افترقا. انتهى. فلو قال المصنف: وصائدين [وهل إن[2358]] اشتركا في البازين ولم يفترقا أو أحدهما كاف رويت عليهما لكان موفيا بالروايتين، وعلى رواية أو اختصرها ابن يونس وأبو سعيد وغيرهما، ثم ذكر ابن يونس عن ابن القاسم من رواية ابن المواز قولا كالرواية الأخرى. والله أعلم.

فرع: قال التونسي: وكذلك إن كان لأحدهما باز آخر كلب وكانا يتعاونان في الصيد لجاز. انتهى. والله أعلم.

ص: ولم يستحق وارثه بقيته وأقطعه الإمام وقيد بما لم يبد ش: قوله: "بقيته" أي بقية

الحديث

[2354] – في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 138 وم49 ويحيى55 والشيخ102.

[2355] *– في المطبوع طلبهما واحدا وما بين المعقوفين من م49 والشيخ102 ويحيى56.

[2356] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 138 وم49 ويحيى55 والشيخ102.

[2357] – في المطبوع مع وم49 ويحيى55 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 138 والشيخ102 .

[2358] – في المطبوع وهل وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص138 والشيخ102 وم49 ويحيى56.

نص خليل وَلَزِمَهُ مَا يَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ وَضَمَانُهُ وَإِنْ تَفَاصَلاَ وَأُلْغِيَ مَرَضٌ كَيَوْمَيْنِ وَغَيْبَتُهُمَا لاَ إِنْ كَثُرَ.

متن الحطاب المعدن، وقوله: "وقيد بما لم يبد" أي وقيد ذلك بأن هذا فيما لم يبد من النيل، وأما ما بدا فلورثته والمقيد بذلك القابسي، ولفظ المدونة على اختصار ابن يونس: ومن مات منهما بعد إدراكه النيل لم يورث حظه من المعدن، وللسلطان أن يقطعه لمن رأى وينظر في ذلك للمسلمين. انتهى. قال في النكت: ذكر بعض القرويين عن الشيخ القابسي أنه قال: معنى قول ابن القاسم أدركا نيلا أنهما أخرجاه واقتسماه فليس لورثة الميت التمادي على العمل في المعدن على سبيل المعدن إلا بقطيعة من الإمام يقطعه لهم أو لغيرهم، ولم يتكلم ابن القاسم على أنهما لم يخرجا شيئا. انتهى. فمعنى كلام المصنف أن قوله في المدونة: "ولم يستحق وارثه بقيته" يريد به الأنيال التي لم تبد، وأما النيل الذي بدا أو عمل فيه وقارب أن يبدو فلورثته فتأمله. والله أعلم.

ص: **ولزمه ما يقبله صاحبه وضمانه وإن تفاصلا** ش: يعني أن أحد شريكي العمل إذا [قبل[2359]] شيئا ليعملا فيه لزم شريكه الآخر أن يعمله معه، ولا يشترط أن يعقدا معا ويلزم أحدهما الضمان فيما أخذه صاحبه ولو افترقا؛ كما لو أخذ أحدهما شيئا ليعملا فيه فتلف، ثم تفرقا فجاء صاحبه يطلب به الذي دفعه له فالضمان عليهما معا. قال في المدونة: وما يقبل أحد الشريكين للصنعة لزم الآخر عمله، وضمانه يؤخذ بذلك وإن افترقا.

ص: **وألغي مرض كيومين وغيبتهما لا إن كثر** ش: يعني أن شريكي العمل إذا مرض أحدهما يوما أو يومين أو غاب يوما أو يومين وعمل صاحبه في اليومين المذكورين فالعمل بينهما، ويلغى مرض اليومين وغيبتهما، وأما ما كثر فلا يلغى، وهو يشير إلى قوله في المدونة: وإذا مرض أحد شريكي الصنعة أو غاب يوما أو يومين فعمل صاحبه فالعمل بينهما؛ لأن هذا أمر جائز بين الشركاء إلا/ ما تفاحش من ذلك وطال فإن [العامل[2360]] إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز ذلك [إن لم[2361]] يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر بينهما. انتهى. فاختصار المصنف مطابق للمدونة إلا أنه يحتاج إلى **تنبيهات:**

الأول: أن المؤلف قال: "كيومين" فيفهم منه أن ما قارب اليومين له حكمهما، واقتصر في المدونة على ذكر اليومين، وكأن المصنف اعتمد على مفهوم قوله في الشق الثاني: "إلا ما تفاحش من ذلك وطال ولم يبينه"، وكأنه أحال على العرف، وقد تقدم عن الشيخ أبي الحسن في مسألة الرد على أحد الشريكين ما باعه صاحبه في غيبة البائع أنه يفرق في ذلك بين القرب والبعد، وأن القرب اليومان والثلاثة، والبعد العشرة. قال: وما بينهما من الوسائط يرد ما قارب القرب إلى القرب وما قارب البعد إلى البعد. انتهى. وينبغي أن يجري مثل ذلك في ما [شابه ذلك[2362]] من الأبواب.

الثاني: الضمير في "غيبتهما" راجع إلى اليومين، وتحير الشارح في ذلك في الكبير، ورده إلى الشريكين،

139

الحديث ....

[2359] *- في المطبوع قبلا وما بين المعقوفين من الشيخ103 ويحيى56 والشيخ103 وم50.

[2360] – في المطبوع للعامل وما بين المعقوفين من ن عدود ص139 وم49 ويحيى56 والشيخ103.

[2361] - في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص139.

[2362] *– في المطبوع شابه مثل ذلك وما بين المعقوفين من م49 وسيد24 والشيخ103 ويحيى56.

نص خليل ....

متن الحطاب وتكلف له بأن فيه تجوزا، وأن المراد غيبة أحدهما، وإنما قال غيبتهما لئلا يتوهم أن الغيبة لو حصلت من أحدهما ثم حصلت من الآخر لم تغتفر فنبه على ذلك، وإن اغتفر ذلك مع غيبتهما فلأن يغتفر مع غيبة أحدهما من باب أولى، والصواب ما تقدم، وهو شامل لما ذكره الشارح. والله أعلم.

الثالث: لم يفهم من قول المصنف: "لا إن كثر" كيف يعمل في ذلك؟ وإنما فهم منه أنه لا يلغى، واقتصر البساطي في شرحه على ذلك، وكلام الشارح يوهم أن العامل يختص بأجرة ذلك. قال في الشرح الكبير: أي فإن كثر اختص به العامل وليس كذلك، وكذلك كلامه في المدونة ليس فيه ما يدل على ذلك.

وقد صرح بذلك اللخمي وغيره، وأن معناه أن الأجرة بينهما، وللعامل على المريض أجر عمله. قال اللخمي في تبصرته: وإذا عقد الشريكان الإجارة على عمل ثم مرض أحدهما أو غاب أو مات كان على الآخر أن يوفي بجميع ذلك العمل، وسواء كانت الشركة على أن العمل مضمون في الذمة أو على أعيانهما لأنهما على ذلك يشتركان وعليه يدخل الذي يستأجرهما؛ لأنهما متفاوضان، فلزم أحدهما ما لزم الآخر، وإن كانت الإجارة في الصحة ثم مرض أحدهما مرضا خفيفا أو طويلا، أو غاب أحدهما إلى موضع قريب أو بعيد كان على الصحيح الحاضر القيام بجميع العمل، وكذلك إذا عقدا الإجارة على شيء في أول المرض ثم برأ عن قرب أو بعد أو في سفر أحدهما إلى قرب من المكان ثم رجع عن قرب أو بعد إن بعد فكل ذلك سواء، فإن على الصحيح والحاضر القيام بجميع العمل. هذا في حق الذي له العمل، وكذلك في المسمى الذي عقدا عليه هو بينهما نصفان في الوجهين جميعا، ويفترق الجواب في رجوع الذي عمل على صاحبه، فإن كان المرض الخفيف والسفر القريب لم يرجع؛ لأن العادة العفو عن مثل ذلك، ولولا العادة لرجع، فإن طال المرض أو السفر رجع على صاحبه بإجارة المثل. انتهى. ويكون ربح العمل بينهما، ونقله القرافي في ذخيرته وقبله، وكذلك الشيخ أبو الحسن، ونحوه للرجراجي، ونصه: وأما البدنية فإن كان المرض يسيرا مما الغالب فيه التسامح فالربح بينهما ولا شيء للمعافى على [المؤوف،[2363]] فإن كان كثيرا فهل يكون المعافى متطوعا أم لا؟ قولان؛ أحدهما أنه متطوع له، وهو قول أشهب، والثاني لا يكون متطوعا له، وهو قول ابن القاسم، فعلى قوله يكون الربح بينهما ويطالبه بأجرة عمله. انتهى. وأطلق الربح على الأجرة، ويعني [بالمؤوف[2364]] المريض. والله أعلم.

الرابع: انظر هل يلغى من الكثرة يومان؟ قال البساطي: ظاهر كلامه أنه لا يلغى منه شيء. انتهى.

قلت: ويأتي الخلاف فيه في القولة التي بعدها.

140 **الخامس:** علم من قول اللخمي في كلامه المتقدم حيث قال: "ثم مرض أحدهما أو مات أو غاب" أن/ الموت كالغيبة والمرض، وعليه فينبغي أن يقال إن عمل بعد موته يوما أو يومين ألغي ذلك، وإن كثر لم يلغ كما تقدم.

الحديث ....

[2363] *- في المطبوع الموؤف وما بين المعقوفين من م49 وسيد24.

[2364] *- انظر الهامش السابق.

نص خليل وَفَسَدَتْ بِاشْتِرَاطِهِ كَكَثِيرِ الآلَةِ وَهَلْ يُلْغَى الْيَوْمَانِ كَالصَّحِيحَةِ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب **السادس**: علم أيضا من كلامه أنه لا فرق بين أن يكونا أخذا الشيء الذي يعملان فيه في الصحة أو بعد مرض أحدهما أو سفره، وهو جار على ما تقدم من أن ما أخذ أحدهما لزم شريكه عمله وضمانه. والله أعلم.

السابع: قال ابن يونس عن ابن حبيب: هذا في شركة الأبدان، وأما في الشركة بالمال فللذي عمل نصف أجرته على صاحبه، والفضل بينهما؛ لأن المال [جره.[2365]] انتهى. وقال الرجراجي قبل كلامه المتقدم: وإذا مرض أحد الشريكين فإن كانت مالية فالربح بين المعافى [والمؤوف،[2366]] وله أجر عمله؛ لأن المال سبب الربح، وأما البدنية وذكر ما تقدم. والله أعلم.

الثامن: قال اللخمي: ولو عقد أحدهما إجارة بعد طول المرض أو بعد السفر كان ذلك له وحده لأن الشركة حينئذ قد انقطعت، وكذلك ضمان ما هلك إذا كان العقد عليه في موضع لم تنقطع الشركة كانت القيمة عليهما، وإن كانت بعد أن انقطعت كانت عليه وحده. انتهى. ونقل ابن يونس صدر هذا الكلام عن بعض القرويين وأقره.

التاسع: علم من هذا الكلام أن ما عقد عليه أحد الشريكين قبل طول الغيبة وطول المرض يكون ضمانه منهما، وهو جار على ما تقدم.

العاشر: الفرق بين شريكي العمل وبين الأجيرين إذا استأجرهما أحد على عمل فمرض أحدهما فعمل الآخر جميع العمل. قال في المدونة: للمريض نصيبه ولا شيء عليه، وصاحبه متطوع، وقال الرجراجي: إن الشريكين كل واحد منهما حميل عن صاحبه ضامن عنه ما [يقبلانه[2367]] إذا كان المتاع مما يضمن، فلهذا لم يصر الصحيح متطوعا، وأما الأجيران فليس أحدهما ضمينا ولا حميلا فلهذا صار [الحاضر[2368]] متطوعا. انتهى. واعلم أن القول بأنه لا شيء للعامل في مسألة الأجيرين لا يجري على القول بالرجوع بالقيام بالواجب، بل الجاري عليه أن يقال إن المريض إن كان يمكنه عمل ذلك بأجيره أو بنفسه إذا صح فصاحبه متطوع، وإن كان لا يعمل ذلك بنفسه ولا بد أن يستأجر فالعامل له أجره، وراجع المسألة في كتاب الإجارة. والله أعلم.

ص: **وفسدت باشتراطه ككثير الآلة وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد** ش: يعني أن الشركة تفسد إذا [شرطا[2369]] فيها أن مرض أحدهما الكثير وغيبته مغتفران للغرر. قال في المدونة إثر قوله السابق في القولة التي قبل هذه: إن لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر بينهما، وإن عقدا على هذا لم تجز الشركة، فإن نزل ذلك كان ما اجتمعا فيه من العمل بينهما على قدر عملهما وما انفرد به أحدهما له خاصة. انتهى. زاد القرافي بعد قوله لم تجز

الحديث ....

[2365] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص140 وم50 ويحيى57 والشيخ104.

[2366] *– في المطبوع والموؤف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[2367] – في المطبوع يقبلاه وم50 ويحيى57 والشيخ104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص140.

[2368] *– في المطبوع ويحيى57 الحافر وما بين المعقوفين من الشيخ104.

[2369] – في المطبوع شرط وما بين المعقوفين من ن ذي ص140 والشيخ104 وفي م50 اشترطا.

نص خليل ....

متن الحطاب

الشركة للغرر. قال ابن يونس إثر كلام المدونة المذكور: يريد قل أو كثر. ثم قال: قال بعض فقهائنا القرويين وإن لم يعقدا على هذا لا [ينبغي[2370]] أن يكون القدر الذي لو صح هذا كان بينهما أن يكون بينهما ويكون الزائد على ذلك للعامل وحده ويسمح في الشركة الصحيحة عن التفاضل اليسير، وأما إذا فسدت الشركة لم يسمح بذلك. انتهى. ونقله أبو الحسن وقال بعده: وخالفه اللخمي، وقال: لا يكون ذلك القدر له، وهذا نقل بالمعنى. الشيخ: والخلاف يبنى –والله أعلم– على الجزء من الجملة هل يستقل بنفسه أم لا كمن يسجد على أنفه بدلا من الإيماء. انتهى. وهذا هو الخلاف الذي أشرنا إليه

141 في التنبيه الرابع من القولة التي قبل هذه في لغو اليومين من/ المدة الكثيرة في الشركة الصحيحة، وعلى قول بعض القرويين ينبغي أن يلغى ذلك، وعلى ما نسبه أبو الحسن للخمي لا يلغى أيضا، وليس كلام اللخمي صريحا في المخالفة لما قاله بعض القرويين.

وقد تقدم لفظه، ولهذا قال –والله أعلم– وهذا نقل بالمعنى: وجعل الشارحان هذا الكلام هو معنى قول المصنف: "وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد" قال الشارح في الكبير: ذكر عن بعض القرويين أن ذلك يلغى وإنما يرجع بما زاد، وقال اللخمي لا يلغى، واقتصر عليه، ولهذا أشار بالتردد ونحوه في الصغير، وقال في الشامل: فإن شرط عدمه في العقد أو كثير آلة فسدت ولا يلغى اليومان فيها على الأظهر. انتهى.

قلت: وهذا الذي ذكره لم أقف عليه، وتقدم كلام بعض القرويين أن الفاسدة لا يسامح فيها، وإنما يسامح باليسير في الصحيحة، فكلام بعض القرويين موافق لكلام اللخمي، فإنه قال بعد أن تكلم على المدة الطويلة: ولو اشتركا على العفو عن مثل ذلك كانت شركة فاسدة، ولو فسدت الشركة بينهما من غير هذا الوجه لكان التراجع بينهما في قريب ذلك وبعيده. انتهى. ولم أقف على القول بلغو اليومين في الفاسدة بعد مراجعة اللخمي وابن يونس وأبي الحسن والرجراجي والذخيرة وابن عرفة، ولم يذكر هذه المسألة في التوضيح، ولعل المصنف أراد أن يقول وهل يلغى اليومان كالقصيرة تردد ويكون مراده: وهل يلغى اليومان من المدة الطويلة كما يلغيان في المدة القصيرة، وهو الذي يقوله بعض القرويين، أو لا يلغيان، وهو الذي نسبه أبو الحسن الصغير للخمي؟. والله أعلم.

وأما قوله: "ككثير الآلة" فيشير به المصنف إلى أن الشركة كما تفسد بشرط إلغاء المدة الكثيرة فكذلك تفسد الشركة إذا أخرج أحدهما الآلة الكثيرة من عنده؛ يريد ولو كان بغير شرط، واحترز بذلك من يسير الآلة فإنه إذا تفضل به أحدهما لا تفسد الشركة، وما ذكرنا من فساد الشركة بالآلة الكثيرة ولو كان بلا شرط هو الموافق لما في المدونة، وبه فسر الشارح كلام المصنف، وقيده البساطي بالشرط وهو مخالف للمدونة. قال فيها: وإن تطاول أحد القصارين على صاحبه بشيء تافه من الماعون لا قدر له في الكراء كالقصرية والمدقة جاز ذلك، وأما إن تطاول أحدهما على صاحبه بأداة لا يلغى مثلها لكثرتها لم يجز حتى يشتركا في ملكها [أو يكتري[2371]] من الآخر نصفه. انتهى.

قلت: وانظر إذا تطوع بها أحدهما بعد العقد، [والظاهر[2372]] الجواز. والله أعلم. والقصرية قال

الحديث ....

[2370] *- كذا في سيد وم ويحيى ولعلها لا نبغي.

[2371] *- في المطبوع ويكترى وما بين المعقوفين من م50 ويحيى58 وسيد24 والشيخ105.

[2372] *- في المطبوع وسيد24 فالظاهر وما بين المعقوفين من م50 ويحيى58 والشيخ105.

نص خليل وَبِاشْتِرَاكِهِمَا بِالذمَمِ أَنْ يَشْتَرِيَا بِلاَ مَالٍ وَهُوَ بَيْنَهُمَا.

متن الحطاب الشيخ أبو الحسن: هي الصحفة التي يغسل فيها الثياب والمدقة. قال في التنبيهات: بضم الميم والدال وبكسر الميم وفتح الدال، وهي الإرزبة بكسر الهمزة التي يكمد بها الثياب. انتهى. ويقال فيها مرزبة بكسر الميم والتخفيف، وتشدد مع الهمزة، والأداة بفتح الهمزة الآلة. قاله في التنبيهات. والله أعلم.

ص: وباشتراكهما بالذمم أن يشتريا بلا مال وهو بينهما ش: أي وفسدت الشركة بسبب اشتراك المتشاركين بالذمم، وتسمى شركة الوجوه، ثم فسرها بأن يشتريا بلا مال يعني أن يدخلا على أن يبيعا ويشتريا على ذمتهما فما اشتراه أحدهما كان في ذمتهما معا، وهذا إذا لم يكن اشتراكهما في شيء معين.

وأما الاشتراك في شيء معين فهو جائز. قال في أول كتاب الشركة من المدونة: ولا تجوز الشركة إلا بالأموال [أو على[2373]] عمل الأبدان إذا كانت صنعة واحدة ،فأما بالذمم بغير مال على أن يضمنا ما ابتاع كل واحد منهما فلا يجوز، كانا في بلد واحد أو بلدين يجهز كل واحد منهما على صاحبه، تفاوضا كذلك في تجارة الرقيق وفي جميع التجارات أو بعضها، وكذلك إن اشتركا بمال قليل على أن يتداينا؛ لأن كل واحد يقول لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريت على أن أتحمل عنك بنصف ما اشتريت إلا أن يجتمعا في شراء سلعة معينة حاضرة أو غائبة فيبتاعاها بدين فيجوز ذلك إذا كانا حاضرين؛ لأن العقدة وقعت عليهما وإن ضمن أحدهما [عن[2374]] صاحبه فذلك/ جائز. انتهى. وقد أشار المصنف إلى هذا في باب الضمان حيث قال: "إلا في اشتراء شيء بينهما"، وقوله في المدونة: "وكذلك إن اشتركا بمال قليل" الخ قال أبو الحسن: ليس بشرط قال فيما يأتي وأكره أن يخرجا مالا على أن يتجرا به وبالدين مفاوضة فإن فعلا فما اشترى كل واحد منهما فبينهما وإن جاوز رأس مالهما. انتهى.

142

والمراد بالكراهة المنع، وقول المصنف: "وهو بينهما" بيان للحكم بعد الوقوع كما قال ابن غازي. قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولو باع واشترى بنسيئة" الخ بعد ذكر كلام المدونة. قال أصبغ: وإذا وقعت بالذمم فما اشتريا بينهما على ما عقدا وتفسخ الشركة من الآن. أبو الحسن: والفسخ دليل على أن المراد بالكراهة المنع.انتهى. فمعنى قول المصنف: "وهو بينهما" أي وما اشترياه فهو بينهما على ما دخلا عليه على المشهور، وقال سحنون من اشترى شيئا فهو له. والله أعلم.

فرع: قال في سماع عيسى من كتاب الشركة في الرجل يقول لصاحبه اقعد في هذا الحانوت تبيع فيه وأنا آخذ المتاع بوجهي والضمان علي وعليك قال الربح بينهما على ما تعاملا عليه ويأخذ أحدهما من صاحبه أجرة ما يفضله به في العمل. ابن رشد: وهذا كما قال لأن الربح تابع للضمان إذا عملا بما تداينا به كما هو تابع للمال بما أخرجه كل واحد منهما من المال.

فرع: قال في المدونة: وإن أقعدت صانعا في حانوت على أن تنقل عنه المتاع ويعمل هو فما رزق الله بينكما نصفين لم يجز. انتهى. قال في سماع عيسى من كتاب الشركة قبل الكلام المتقدم في رجل قال لرجل اقعد في حانوت وأنا آخذ لك متاعا تبيعه ولك نصف ما ربحت أو ثلثه لم يصلح ذلك، فإن

الحديث ....

2373 *- في المطبوع والشيخ105 وعلى وما بين المعقوفين من م50 ويحيى58 وسيد25.

2374 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 141 وم50 ويحيى58 والشيخ105.

نص خليل وَكَبَيْعِ وَجِيهٍ مَالَ خَامِلٍ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ وَكَذِي رَحًى وَذِي بَيْتٍ وَذِي دَابَّةٍ لِيَعْمَلُوا إن لَّمْ يَتَسَاوَ الْكِرَاءُ وَتَسَاوَوْا فِي الْغَلَّةِ وَتَرَادُّوا الأَكْرِيَةَ وَإِنِ اشْتُرِطَ عَمَلُ رَبِّ الدَّابَّةِ فَالْغَلَّةُ لَهُ وَعَلَيْهِ كِرَاؤُهُمَا.

متن الحطاب عملا عليه كان للذي في الحانوت أجرة مثله ويكون الربح كله للذي أجلسه في الحانوت. ابن رشد: وهذا كما قال: لأنها إجارة فاسدة من أجل أن الربح تابع للضمان، فإذا كان ضمان السلع من الذي أجلسه وجب أن يكون له جميع الربح، وللعامل أجرة مثله. انتهى.

ص: وكبيع وجيه مال خامل بجزء من ربحه ش: هذا تفسير ثان لشركة الذمم.

ص: وكذي رحى وذي بيت وذي دابة ليعملوا إن لم [يتساو[2375]] الكراء وتساووا في الغلة وترادوا الأكرية ش: أي ومما يشبه ما تقدم في الفساد أن يشترك ثلاثة أحدهم صاحب رحا، والآخر صاحب بيت، والآخر صاحب دابة على أن يعملوا، وكراء كل واحد من الرحا والبيت والدابة غير متساو، وشرطوا أن يتساووا في الغلة، فإن وقع ذلك فالحكم أن يتساووا في الغلة لأن رأس مالهم عمل أيديهم وقد تكافؤا فيه ويترادون في الأكرية، فمن له فضل رجع به على صاحبه، وأشار بهذا إلى مسألة المدونة، ونصها: وإن اشترك ثلاثة أحدهم برحا، والآخر بدابة، والآخر ببيت على أن يعملوا بأيديهم والكسب بينهم أثلاثا فعملوا على ذلك وجهلوا أن ذلك لا يجوز، فإن ما أصابوه يقسم بينهم أثلاثا إن كان كراء البيت والرحا والدابة معتدلا وتصح الشركة؛ لأن كل واحد أكرى متاعه بمتاع صاحبه، ألا ترى أن الرحا والبيت والدابة لو كان ذلك لأحدهم فأكرى ثلثي ذلك من صاحبيه وعملوا جازت الشركة، وإن كان كراء ما أخرجوه مختلفا قسم المال بينهم أثلاثا؛ لأن رؤوس أموالهم عمل أيديهم وقد تكافؤا فيه ويرجع من له فضل كراء على صاحبه فيترادون ذلك بينهم وإن لم يصيبوا شيئا؛ لأن ما أخرجوه مما يكرى قد أكري كراء فاسدا ولم يتراجعوا في عمل أيديهم لتساويهم فيه. انتهى.

فظاهرها أن الشركة لا تجوز ابتداء حتى يكري أحدهما نصيبه بنصيب صاحبه، لكنها إن وقعت صحت إذا تساوت الأكرية، وعليه حملها أبو محمد وغيره، وتأول سحنون المدونة على أنها إنما تمتنع إذا كان كراء هذه الأشياء مختلفا،واحتج بقوله: وتصح الشركة لأن كل واحد أكرى متاعه بمتاع صاحبه، وقال أبو محمد: معنى قوله تصح أنها تؤول إلى الصحة لا أنها تجوز ابتداء، وعلى تأويل/ سحنون مشى المصنف؛ لأن مفهوم الشرط؛ أعني قوله: إن لم يتساو الكراء يقتضي أنه إذا تساوى الكراء جازت، وقول المصنف: "وتساووا في الغلة" قابل لأن يكون بيانا لفرض المسألة أو تقريرا لحكمها بعد الوقوع كما قال ابن غازي، وصفة التراد ذكرها ابن يونس عن ابن أبي زيد، ونقلها أبو الحسن، ونقلها الشارح في الكبير. 143

ص: وإن شرط عمل رب الدابة فالغلة له وعليه [كراؤهما[2376]] ش: هذا قول ابن القاسم في المدونة، ولا خصوصية لرب الدابة وإنما ذكره المصنف لأنه فرضها في المدونة كذلك، وقد قال اللخمي: وكذلك إن كان العامل صاحب الرحا فعلى قول ابن القاسم يكون له ما أصاب وعليه إجارة

الحديث ....

[2375] *- في المطبوع يتساوى وما بين المعقوفين من م51 وسيد25 والشيخ106 ويحيى58.

[2376] – في المطبوع كراؤها وما بين المعقوفين من ن عدود ص143 وم51 والشيخ106.

نص خليل وَقُضِيَ عَلَى شَرِيكٍ فِيمَا لاَ يَنْقَسِمُ أَنْ يُعَمِّرَ أَوْ يَبِيعَ.

متن الحطاب المثل للآخرين وليس هذا بالبين، وأرى أن يكون كل ما أصيب مفضوضا على قدر إجارة الرحا والدابة فما ناب الرحا من العمل رجع عليه العامل فيه بإجارة مثله؛ لأن صاحب الرحا لم يبع منافعها من العامل، وإنما قال له آجرها ولك أجر ما تؤاجرها به فإنما يؤاجرها على ملك صاحبها ثم يغرمان جميعا أجرة البيت. انتهى. وكذلك إذا كان العامل رب البيت، وهو ظاهر لأن الغلة تابعة للعمل في هذا الباب. والله أعلم.

ص: **وقضي على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو [يبيع**[2377]] ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح وابن غازي، ويستثنى من ذلك العين أو البئر تكون مشتركة قد قسمت/ أراضيها ولم يكن عليها زرع ولا شجر مثمر يخاف عليه فإنه لا خلاف أن الآبي من العمل لا يلزم به، ويقال لصاحبه اعمل ولك الماء كله وما زاد بعملك إلى أن يأتيك صاحبك الآبي بما يصيبه من النفقة. قاله ابن رشد في أول كتاب السداد.

144

قال ابن يونس: ظاهر كلام سحنون أنه يجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل وإن كان مقسوما. انتهى بالمعنى. وهو مخالف لما حكاه ابن رشد من الاتفاق. ثم قال ابن رشد: وأما إذا كان عليها زرع أو شجر فقال ابن القاسم ذلك كما إذا لم يكن عليها شيء، وقال ابن نافع والمخزومي إن الشريك في العين أو البئر يجبر على أن يعمر معه أو يبيع نصيبه ممن يعمر كالعلو يكون لرجل والسفل لآخر فينهدم وهو تنظير غير صحيح؛ إذ لا يقدر صاحب العلو أن يبني علوه حتى يبني صاحب السفل سفله ويقدر الذي يريد السقي بماء البئر المشتركة بينهما إذا انهدمت أن يصل إلى ما يريد من السقي بأن يصلح البئر فيكون أحق بجميع الماء إلى أن يأتيه صاحبه بما ينوبه من النفقة، فقول ابن القاسم أصح من قول ابن نافع والمخزومي. والله أعلم. انتهى.

وقد نص في حريم البئر من المدونة على أن من عمر أحق بالماء، ونصها: وإذا كانت بئر بين رجلين فانهارت أو عين فانقطعت فعملها أحدهما وأبى الآخر أن يعمل لم يكن للذي لم يعمل من الماء قليل ولا كثير وإن كان فيه فضل، إلا أن يعطي شريكه نصف ما أنفق، وإذا احتاجت بئر أو قناة بين شركاء لسقي أرضهم إلى الكنس لقلة مائها، فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخرون وفي ترك الكنس ضرر على الماء وانتقاص والماء يكفي أو لا يكفي إلا الذين شاؤا الكنس خاصة فللذين شاؤا الكنس أن يكنسوا، ثم يكونوا أولى بالذي زاد في الماء كنسهم دون من لم يكنس حتى يؤدوا حصتهم من النفقة فيرجعوا إلى أخذ حصتهم من جميع الماء، وكذلك بئر الماشية إذا قل ماؤها فأراد بعضهم الكنس وأبى الآخر فهي كبئر الزرع، فإن كنسه بعضهم كان جميعهم في ما كان من الماء قبل الكنس على قدر حقوقهم فيه ثم يكون الذين كنسوا أحق بما زاد الماء بكنسهم، فإذا رووا كان الناس وأباة الكنس في الفضل سواء حتى يؤدوا حصصهم من النفقة فإذا [أدوه[2378]] كان جميع الماء بينهم على قدر ما كان لهم ثم الناس في الفضل سواء. انتهى. فعلم أن مذهب المدونة في البئر والعين عدم الجبر على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل، وبهذا فارقت هذه المسألة مسألة الرحا الآتية، فإن الآبي من العمل يجبر على أن يعمر أو يبيع ممن يعمر. والله أعلم.

الحديث ....

[2377] – في المطبوع يباع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 وم51 ويحيى59 والشيخ106.

[2378] – في المطبوع أرادوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 144 وم51 ويحيى59 والشيخ107.

نص خليل ....

متن الحطاب **فروع: الأول**: إذا كان أحد الشريكين غائبا فإن القاضي يحكم على الغائب بالبيع إن لم يجد له من ماله ما يعمر به نصيبه. نقله البرزلي في أوائل القسم.

الثاني: إذا كان المشترك لا يقبل القسمة كالفرن ثم إنه خرب حتى صار أرضا يقبل القسمة فإنه يقسم. قال البرزلي في القسمة عن بعض فقهاء الإسكندرية: إذا صارت الأرض براحا كما كانت قبل بنائها فرنا صار حكمها حكم الأرض بحيث لو طلب أحد الشريكين من شريكه بناءها فرنا لم يحكم عليه لدعائه إلى بناء عرصة تقسم، فإذا قسمت فعلى كل واحد في نصيبه ما أحب، فإذا رفع الأمر للقاضي بسبب القسمة على الغائب فهو الواجب، فإن لم ينقسم فيجب الحكم بالبيع على الغائب إن لم يجد من ماله ما يعمر به نصيبه. ثم ذكر البرزلي كلاما في القسمة هل يشترط أن يحصل لكل واحد ما ينتفع به على حد ما كان ينتفع به أو لا؟ وأطال في ذلك ومحله كتاب القسمة.

الثالث: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل كتاب الدعاوى في دار بين ورثة [يسكنها[2379]] بعضهم وباقيهم يسأل إخلاءها [ليبيعها[2380]] ودعا [ساكنوها[2381]] إلى غرم كرائها على الإباحة للتسويق فأفتى ابن عتاب إذا لم تحمل القسمة فإنها تخلى من جميعهم لتسوق خالية، إلا أن يوجد من يكتريها من غير الورثة على شرط التسويق فتكرى منه إذا أمن منه الميل إلى بعض الورثة ولم يكن من ناحية أحدهم ولا من سببهم، وأجاب ابن القطان بقاء الدار هكذا ضرر على/ من يذهب إلى الارتفاق بنصيبه إن كانت دارا يكرى مثلها، فوجه العمل أن يقال لهم إن اتفقتم الآن على التقاوم في الكراء إلى أن ينفذ البيع فيها فتقاوموها ثم يسكنها من أراد وإن أبيتم أخليت منكم ثم أشيدت للكراء كما تشاد للبيع، فإذا بلغ كراؤها ثمنا ما كان لمن أراد السكنى أن يضم حصص أصحابه بما بلغت ويسكن إلا أن يزيد عليه من يشركه فالزائد أحق والإشادة للكراء على شرط التسويق للبيع، إلا أن يثبت في ذلك ضرر من الساكن فيها من الورثة يخل بالبيع، فإن أثبت أكريت من غيره، وإن أثبت أن التسويق للبيع خالية أفضل وأوفر للثمن أخليت وأجاب ابن مالك إن كانت الدار لا تحمل القسمة [بينهم[2382]] فلا أجد فيما أظهر الله لي من العلم على مذهبنا إلا ما قاله ابن القطان: أعرف أنه الحاصل من مذهبنا كما يعرف الناس أبناءهم.

145

قال ابن سهل: كان جواب ابن عتاب مقنعا لو كان إنصاف وائتلاف ولم يكن تنافر ولا اختلاف، وإليه يرجع ما أطال فيه ابن القطان الكلام. انتهى. وقوله: "على الإباحة" أي إباحة نظرها لمن يريد شراءها، وفهم من ذلك أنهم لو لم يريدوا بيعها لكان الحكم أن يتقاوموا في كرائها فتأمله وإن كان ذلك حبسا فقال في سماع سحنون من كتاب الحبس من العتبية: وإن كانت الدار واسعة فقال الأغنياء نحن لا نحتاج للسكنى ولكن ينظر إلى قدر ما يصير لنا من السكنى فنسكنه من أحببنا أو نكريه لهم. قال ابن رشد: فإن استووا في الفقر والغنى ولم تسعهم السكنى أكرى ذلك عليهم، وقسم الكراء بينهم شرعا سواء، إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه ما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون ذلك له. قاله ابن المواز. انتهى.

الحديث ....

[2379] *- في المطبوع ليسكنها وما بين المعقوفين من م52 وسيد25 والشيخ107 وفي يحيى60 سكنها.

[2380] *- في المطبوع لبيعها وما بين المعقوفين من م52 والشيخ107 وسيد25.

[2381] *- في المطبوع ساكنيها وما بين المعقوفين من م52 وسيد25 ويحيى والشيخ107.

[2382] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 وم52 ويحيى60 والشيخ108.

نص خليل ....

متن الحطاب

الرابع: قال اللخمي في أوائل كراء الدور: وإن كانت الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فلم يجز ذلك ودعا إلى البيع كان ذلك له إذا كانت لا تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة وطلب الأخذ بالشفعة وكان الكراء في نصف شائع فاختلف في ذلك، فقال مالك مرة لا شفعة فيه، ومرة قال فيه الشفعة، وهذا إذا كانت الدار تحمل القسمة وأراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن وإن أراد ذلك ليكريه لم يكن ذلك له، وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة ليبيع، وكذلك الحانوت يكون بين الشريكين فيكري أحدهما نصيبه شائعا فلا شفعة للآخر إذا كان لا يحمل القسمة وكان يأخذ بالشفعة ليكري، وإن كان يحمل القسمة وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع جاز، فإن كان يكريه ممن يجلس فيه معه لم يكن ذلك له. انتهى.

الخامس: قال ابن يونس في أواخر كتاب الرواحل في الكلام على كراء السفن من العتبية: قال سحنون في رجلين لهما سفينة فأراد أحدهما أن يحمل في نصيبه متاعا وليس لصاحبه شيء يحمله، فقال الذي ليس له شيء للآخر لا أدعك تحمل فيها شيئا إلا بكراء، وقال الآخر إنما أحمل في نصيبي قال: فله أن يحمل في نصيبه ولا يقضى لشريكه عليه بكراء فإما أن يحمل مثل ما حمل صاحبه من الشحنة والمتاع وإلا بيع المركب عليهما. انتهى. ونقله اللخمي، وزاد بعده: ولو أوسق أحدهما ولم يجد الآخر ما يوسق لكان لهذا أن يسافر بالمركب ولا مقال لشريكه عليه في كراء ولا بيع لأن وسقه بحضرة صاحبه وذلك رضا بتسفيره تلك الطريق ولو كان غائبا حين أوسق فلما قدم أنكر ولم يجد كراء لكان له أن يدعوه إلى البيع على أنه لا يوسق فيه فإن صار لمن أوسقه أقر وسقه إن شاء وإن صار للغائب أو لأجنبي أمر أن يحط وسقه إلا أن يتراضوا على كراء فيترك، وهذا إذا كان يتوصل إلى معرفة حال المركب تحت الماء. انتهى. ونقله ابن عرفة بكماله في كراء السفن.

وقال ابن رشد في نوازله في مسائل الشركة: وقد سئل عن مركب بين رجلين أراد أن يسافر أحدهما في حصته إلى العدوة وليس للآخر ما يحمل في نصفه ولا وجد من يكريه فهل له نصف ما حمل شريكه من الكراء؟ فأجاب: للذي لم يجد ما يحمله في نصيبه/ أن يأخذ شريكه بحصته من الكراء وله منعه من السفر حتى يعامله على ذلك أو ينفصلا من المركب ببيعه وقسمة ثمنه، وذكره البرزلي في أثناء مسائل المزارعة، وقال بعده: قلت: والدواب والعبيد حكمهما حكم المركب، وذكر عن أبي حفص مثل كلام ابن رشد وذكر كلام ابن يونس في أواخر مسائل الإجارة، والظاهر أنه لا معارضة بين كلام ابن رشد وبين ما ذكره ابن يونس واللخمي؛ لأن حاصل كلامهم أنه لا يقضى للشريك الذي لم يجد ما يحمله بكراء على الآخر ولا يمنعه من السفر مطلقا ولا يقضي للآخر بأن يسافر به مطلقا بل إما أن يتراضيا على كراء أو شيء، وإلا بيع المركب عليهما. والله أعلم. وذكر البرزلي في مسائل المزارعة مسألة زرع أحد الشركاء في بعض الأرض بغير إذن شريكه، وذكرها في البيان في كتاب الاستحقاق، وفي كتاب الشركة وذكر في سماع عيسى من كتاب الشركة إذا كان الشريك حاضرا فإنه يحلف بالله ما كان تركه إياه رضا منه بذلك، ونقله في النوادر.

146

فرع: قال ابن يونس في كتاب الرواحل في مركب بين رجلين نصفين خرب أسفله حتى لا ينتفع به

الحديث ....

نص خليل

كَذِي سُفْلٍ إنْ وَهى وَعَلَيْهِ التَّعْلِيقُ وَالسَّقْفُ وَكَنْسُ مِرْحَاضٍ لاَ سُلَّمٌ وَبعَدَمِ زِيَادَةِ الْعُلُوِّ إلاَّ الْخَفِيفَ وَبالسَّقْفِ لِلأسْفَلِ وَبالدَّابَةِ لِلرَّاكِبِ لاَ مُتَعَلِّقٍ بِلِجَامٍ.

متن الحطاب

فأصلحه أحدهما بغير إذن شريكه فطلب من شريكه نصف النفقة فأبى، قال لأنك أنفقت بغير إذني قال: فالشريك بالخيار إما أن يعطيه نصف ما أنفق ويكون المركب بينهما، أو يأخذ من شريكه نصف قيمته خرابا إن شاء ذلك شريكه، فإن أبيا فالمركب بينهما يكون للذي أنفق بقدر ما زادت نفقته فيه مع حصته الأولى مثل أن [تكون[2383]] قيمته خرابا مائة وقيمته [مصلوحا[2384]] مائتين فيكون للذي عمل ثلاثة أرباعه ولشريكه ربعه. ابن يونس: والذي أرى أن يكون شريكه مخيرا بين أن يعطيه الأقل من نصف ما أنفق ومن نصف ما زادت نفقته في المركب، ويكونا شريكين فيه بقدر ما زادت نفقته فيه؛ لأن له أن يقول له بعه الآن وخذ ما زادت نفقتك في المركب فلما كان له ذلك كان له أن يعطيه نصف ما زادت نفقته ويكون المركب بينهما وله أن يعطيه نصف ما أنفق إذا كان ذلك أقل. انتهى. ونقل اللخمي كلام أبي محمد ولم يزد عليه شيئا، وقال بعده: ومثله إذا كانت دارا لا تنقسم وأصلحها أحدهما بغير إذن شريكه يكون شريكا بما زادت النفقة ولو كانت تنقسم لكان الجواب على ما قال عبد الملك في الأرض يبني فيها أحد الشريكين قبل القسم أنها تقسم، فإن وقع البناء في حق من لم يبن أعطاه قيمته منقوضا، وإن وقع لمن بناه كان له مسلما. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام أبي محمد عن ابن يونس وعن اللخمي ولم يذكر ما اختاره ابن يونس من نفسه، وما قاله ظاهر. والله أعلم.

فرع: قال ابن فرحون في آخر باب القسمة من الفصل التاسع من القسم الثالث: والأشياء التي لا تنقسم أو في قسمها ضرر يجبر على البيع من أباه إذا طلب البيع أحدهما، وإنما جبر على البيع من أباه دفعا للضرر اللاحق للطالب لأنه إذا باع نصيبه مفردا نقص ثمنه، وإذا قلنا يجبر من أبى البيع فإنه إذا وقف المبيع على ثمن وأراد طالب البيع أخذه بما وقف عليه لم يمكن من ذلك؛ لأن الناس قد يتحيلون بطلب البيع إلى إخراج الناس عن أملاكهم، وأما إن طلب الشراء من [أبى[2385]] البيع فله ذلك. انتهى. وانظر هل يجري ذلك هنا فيمن امتنع من العمارة فيما لا ينقسم، وقلنا إنه يجبر على بيع جميع ما يخصه أنه ليس لمن أراد العمارة أن يشتري نصيب شريكه للعلة المذكورة، أو يفرق في ذلك بين من يفهم منه إرادة ذلك وبين غيره؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: **كذي سفل إن وهى وعليه التعليق والسقف** ش: قال في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضية في المنزل بين الرجلين/ لأحدهما العلو وللآخر السفل فينكسر سقف البيت الأسفل إن عليه إصلاحه: وكذلك لو انهدم جداره الأسفل كان عليه أن يبنيه حتى يسقفه. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة مثل ما في المدونة وغيرها، ولا اختلاف أعلمه فيها، والدليل على صحتها قوله تعالى: ﴿ ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ﴾ فلما أضاف السقف إلى البيت وجب أن يحكم بالسقف لصاحب البيت إذا اختلف فيه مع صاحب الأعلى فادعاه كل منهما لنفسه [وأن يحكم[2386]] عليه أنه له فيلزم بناؤه إذا [نفاه[2387]] كل واحد منهما عن نفسه وادعى أنه لصاحبه ليوجب عليه بنيانه .انتهى.

147

الحديث

....

[2383] *- في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من يحيى وسيد25.

[2384] *- كذا في النسخ والصواب مصلحا.

[2385] *- في المطبوع آبي وما بين المعقوفين من م50 ويحيى61 وسيد26 والتبصرة ج2 ص168.

[2386] – في المطبوع لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص147 وم52 ويحيى61 والشيخ109.

[2387] – في المطبوع بناه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 وم52 ويحيى61 والشيخ109.

نص خليل وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمْ رَحًى إِذْ أَبَيَا فَالْغَلَّةُ لَهُمْ وَيَسْتَوْفِي مِنْهَا مَا أَنْفَقَ.

متن الحطاب **فرع:** إذا كان سبب الانهدام وهاء العلو فإن كان صاحب السفل حاضرا عالما ولم يتكلم لم يضمن صاحب العلو، واختلف إذا كان صاحب السفل غائبا، فإن كان وهاء العلو مما لا يخفى سقوطه هل يضمن أو لا يضمن؟ لأنه لم يتقدم إليه. اللخمي: والأول أحسن، وإن تقدم إليه ولم يفعل ضمن اتفاقا، وكذلك إن كان سبب الانهدام وهاء السفل وصاحب العلو حاضر ولم يتكلم ولم يتقدم إليه، أو كان غائبا. انتهى من التوضيح، ونقله ابن عرفة.

تنبيه: قال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "وتعليق الغرف عليه": المراد بالتعليق حمله على خشب ونحوها، والغرف جمع غرفة وهي [ما ارتفع[2388]] من بيوت المنزل، ومعنى وهى ضعف ضعفا شديدا. انتهى.

148 ص **وبالدابة للراكب** ش: تصوره ظاهر، فإن كان عليها راكبان وتنازعا فيها فذكر/ الشارح في الكبير عند قول المصنف: "ورب الدابة أولى بمقدمها" عن المقدمات أنه يقضى بها للمقدم من الراكبين، وذكره الباجي، وذكره ابن ناجي على كلام المدونة في كتاب الصلاة الأول، وقد نقلت كلامه عند قول المؤلف: "ورب الدابة أولى بمقدمها".

ص: **وإن أقام أحدهم رحا إن أبيا فالغلة لهم ويستوفي منها ما أنفق** ش: هذا خلاف ما قدمه ابن الحاجب، وما رجحه ابن رشد في نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار، ونص ابن الحاجب: وإذا انهدمت الرحا المشتركة فأقامها أحدهم [إذ[2389]] أبى الباقي فعن ابن القاسم الغلة كلها لمقيمها وعليه أجرة نصيبهم خرابا، وعنه أيضا يكون شريكا في الغلة بما زاد بعمارته، فإذا كانت قيمتها عشرة وبعد العمارة خمسة عشر فله ثلث الغلة بعمارته والباقي بينهم، ثم من أراد أن يدخل معه فليدفع ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفعه، وقيل الغلة بينهم ويستوفي منها ما أنفق. انتهى. ونص كلام ابن رشد بعد ذكره المسألة وما فيها من الخلاف: فيتحصل في هذه المسألة أن فيها ثلاثة أقوال: الأول أنه يحاص بالنفقة في الغلة كانت الرحا مهدومة أو انخرق سدها، والثاني أنه لا يحاص بالنفقة في الغلة في الوجهين.

والثالث الفرق بينهما وكلها مروية عن ابن القاسم الأولان في السماع المذكور، والثالث في المبسوطة، فإذا قلت إنه لا يحاص بالنفقة في الغلة ففي حكم الغلة ثلاثة أقوال: أحدها أنها كلها تكون للعامل إلا أن يريد الشريك الدخول معه فيأتيه بما يجب عليه في ذلك ولا كراء عليه في حظ شريكه من الرحا، وهو بمنزلة البئر يغور ماؤها أو [تنهدم[2390]] منها ناحية فيريد أحد الشريكين العمل ويأبى صاحبه فيقال لمن أبى اعمل معه أو بع، فإن أبى وخلى بينه وبين العمل وحده كان الماء كله للعامل حتى يدفع إليه نصيبه من النفقة فكذلك الرحا، وهو قول ابن القاسم، ووجه قوله في أنه لا كراء عليه في حظ شريكه من الرحا أن الرحا مهدومة لا كراء لها وإنما صار لها كراء ببنائه فوجب أن لا يكون عليه في حظ شريكه كراء، والثاني أن الغلة تكون للعامل أيضا ويكون عليه كراء حصة شريكه من الرحا، وهو قول عيسى بن دينار، ووجهه أن الكراء فيها موجود إذا أكريت على أن تبنى وقد بناها العامل وانتفع بها فوجب أن تكون عليه حصة شريكه من الكراء، وهو أظهر. والله أعلم. فليس قول عيسى بخلاف لقول ابن القاسم

الحديث ....

[2388] *- في المطبوع وم53 والشيخ110 وسيد26 ماله نفع وما بين المعقوفين من شرح زروق على الرسالة ج2 ص300.

[2389] *- في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من م53 وسيد26 ويحيى.

[2390] *- في المطبوع ينهدم وما بين المعقوفين من يحيى62 وم53.

نص خليل وَبالإِذْنِ فِي دُخُولِ جَارِهِ لِإِصْلَاحِ جِدَارٍ وَنَحْوِهِ.

متن الحطاب إلا فيما ذكر من أن يكون عليه للذي لم يبن كراء نصيبه من قاعة الرحا؛ لأن ابن القاسم لا يرى عليه في ذلك كراء، والثالث أن الغلة تكون بينهما فيكون للذي لم يعمل منهما بقدر قيمة حظه من الرحا على ما كانت عليه، وللذي عمل بقدر حظه منها أيضا وبقدر عمله، إلا أن يريد الشريك الدخول معه فيأتيه بالواجب عليه فيما عمل. انتهى كلامه بلفظه بتقديم وتأخير. ونقل ابن عرفة كلام العتبية وابن رشد برمته، وقال بعده: قلت: لا يخفى من فهم هذا التحصيل إجمال نقل ابن الحاجب ونقل كلامه المتقدم، واعتمد المؤلف هنا على ما قاله في توضيحه إثر كلام ابن الحاجب المتقدم ناقلا له عن ابن عبد السلام، والقول الثالث مروي عن ابن القاسم أيضا، وهو قول ابن الماجشون، وبالقول الثاني قال ابن دينار. قال ابن عبد السلام: والثالث أقوى الأقاويل عندي، وفي الثاني إلزامهم الشراء منه بغير اختيارهم أو ينفرد بأكثر الغلة عنهم، وهو أقوى من الأول لاستلزامه الأول الذي حجر عليهم ملكهم ولم يجعل لهم فيه إلا أجرة الخراب، فإن قيل والثالث ضعيف أيضا لأن متولي النفقة أخرج ما أنفق من يده دفعة واحدة ويأخذه مقطعا من الغلة قيل هو الذي أدخل نفسه في ذلك اختيارا، ولو شاء لرفعهم إلى القاضي فحكم عليهم بما قاله عيسى ابن دينار عن مالك إما أن يصلحوا أو يبيعوا ممن يصلح. انتهى./ 149

ص: وبالإذن في دخول جاره لإصلاح جدار ونحوه ش: يحتمل أن يعود الضمير في نحوه على الجدار فيكون المعنى له الدخول لإصلاح الجدار، ونحو الجدار كالخشب ونحوه، وهو ظاهر كلام الشارح في الوسط ويحتمل عوده على إصلاح، فيكون المعنى أن له الدخول لإصلاح الجدار، وكنحو إصلاح الجدار كما إذا وقع ثوب في دار جاره فإن عليه أن يأذن له في الدخول لأخذه أو يخرجه إليه، وهو الظاهر من كلام البساطي، إلا أن هذا ليس خاصا بالجار، بل كل من وقع له شيء في دار رجل حكمه كذلك.

قال ابن عرفة عن النوادر: لو قلعت الريح ثوب رجل فألقته في دار آخر ليس له منعه أن يدخل فيأخذه أو يخرجه له. انتهى. وجعل البساطي مثل هذا إذا دخلت دابة دار رجل ولا يستطيع أخذها إلا مالكها وهو واضح، وعود الضمير على "إصلاح" أحسن لشموله لما ذكر وللأول أيضا فتأمله.
وظاهر قول المؤلف: "لإصلاح" أن لا يدخل إلا إذا كان هناك ما يحتاج إلى الإصلاح ولا يدخل لتفقد جداره وهو ظاهر كلام ابن فتوح، وقال المشاور: له ذلك. قال ابن عرفة: وفي طرر ابن عات عن المشاور لمن له حائط بدار [رجل الدخول[2391]] إليه لافتقاده كمن له شجرة في دار رجل. ابن فتوح: من ذهب إلى طر حائطه من ناحية دار جاره فمنعه من ذلك نظر فإن كان الحائط يحتاج إلى الطر كان [له[2392]] ذلك، وإن لم يحتج كان لجاره منعه قلت: وهذا كالمخالف لقول المشاور له الدخول لافتقاده. انتهى. وكلام المؤلف يقرب من كلام ابن فتوح، والظاهر أنه لا يخالف كلام المشاور؛ لأن كلامه في الجدار الذي في دار الرجل ولا يمكنه أن ينظر إليه إلا من دار جاره، ويؤيده تشبيهه له بالشجرة وكلام ابن فتوح [في الجدار المجاور وهو يمكنه أن ينظره من دار نفسه. والله أعلم.

الحديث ....

[2391] *- في المطبوع رجل له الدخول وما بين المعقوفين من ابن عرفة ص18 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن ابوه.

[2392] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم53 ويحيى62.

نص خليل وَبِقِسْمَتِهِ إِنْ طُلِبَتْ لاَ بِطُولِهِ عَرْضًا وَبِإِعَادَةِ السَّاتِرِ لِغَيْرِهِ إِنْ هَدَمَهُ ضَرَرًا لاَ لإِصْلاَحٍ أَوْ هَدْمٍ.

متن الحطاب **تنبيه:** يؤخذ من كلام ابن فتوح[2393]] أن للرجل أن [ينظر[2394]] جداره من جهة جاره، وقال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: قال بعض أصحابنا: وليس لصاحب الجدار أن يطينه من دار جاره لأن ذلك يزيد في غلظ الجدار. زاد ابن عبد السلام وليس له أن يعيده أغلظ مما كان في جهة الجار. انتهى. ولم يذكر غيره، وقال ابن عرفة في النوادر لابن سحنون عنه في جوابه حبيبا: من أراد أن يطين حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فيطين حائطه، ثم ذكر كلام ابن فتوح المتقدم. ثم قال إثره ابن حارث: وقيل ليس له ذلك؛ لأن الطر يقع في هواء جاره، إلا أن ينحت من حائطه ما يقع عليه الطر. انتهى. فكأن الراجح عند ابن حارث ما ذكره ابن فتوح فتأمله. والله أعلم.
فرعان: الأول: قال ابن عرفة عن ابن حارث: ومن أراد أن يطين داخل داره ولجاره حائط فيها فيمنعه من ذلك لم يكن له ذلك؛ لأن له فيه نفعا، ولا مضرة على جاره. انتهى.
الثاني: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد عند قوله: "وعليه أن يأذن له في الدخول لإصلاح جداره من جهته" يعني أن الجار يجبر على إدخال جاره لداره لإصلاح جداره من جهته لأنه حق له قالوا وكذا لإخراج ما سقط له عنده أو يخرجه له، وليس له في الإصلاح الهدم إلا بإذنه، وذكر ابن حبيب عن سحنون ليس له أن يمنع جاره الدخول ليطين جداره، وله أن يمنعه من إدخاله الجص والطين ويفتح في حائطه كوة لأخذ ذلك. انتهى بلفظه. وقال ابن فرحون في تبصرته: فإن أراد طر حائطه فذهب جاره إلى أن يمنعه من الدخول فله ذلك وليس له أن يمنع البناء والأجراء الذين يتولون ذلك بأنفسهم، ويقال لصاحب الحائط صف لهم ما تريد، وأما أنت فلا تتولى ذلك، وقد يكره جارك دخولك داره فإن منع الطين ونحوه من الباب أمر صاحبه بفتح موضع في حائطه ليدخل منه الطين والطوب والصخر وما يحتاج إليه الحائط، ويعجن الطين في داره ويدخل إلى دار جاره، فإذا تم العمل
150 أغلق ذلك الموضع وحصنه./
ص: وبقسمته إن طلبت لا بطوله عرضا ش: ما ذكره ابن غازي في شرح هذه المسألة كاف في بيانها، وملخص النقول التي ذكرها أنه إن أريد قسمه بالتراضي قسم على ما تراضوا عليه من الطول أو العرض، وإن أريد قسمه بالقرعة فالذي مشى عليه المصنف [أنه[2395]] يقسم طولا وطوله هو امتداده بينهما وعرضه هو سمك ظهره، فإذا كان الجدار مثلا طوله جاريا بينهما من المشرق إلى المغرب وعرضه جهة الشمال إلى أحدهما وجهة الجنوب إلى الآخر قسم طوله نصفين: نصف يلي المشرق ونصف يلي المغرب، ولا يقسم عرضا بأن يأخذ كل واحد منهما نصف عرض الجدار كما إذا كان عرضه مثلا شبرين فلا يأخذ أحدهما شبرا مع طول الجدار ويأخذ الآخر شبرا مع طوله أيضا لأنه قد يقع لأحدهما الجهة التي تلي الآخر فيفوت المراد من القسمة. قال عيسى بن دينار: ولا تصلح القرعة في مثل هذه القسمة. قال أبو الحسن: إلا أن يقتسماه على أن من صار ذلك له يكون للآخر عليه

الحديث ....

[2393] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم53 ويحيى62 والشيخ111.
[2394] - في المطبوع يطر والشيخ111 وما بين المعقوفين من ن ذي ص149 وم53.
[2395] *- ساقطة من المطبوع والشيخ112 وما بين المعقوفين من سيد26 وم53.

نص خليل ....

متن الحطاب الحمل. انتهى.

[فروع: الأول:[2396]] قال صاحب المسائل الملقوطة: وإذا كان حائط بين رجلين فانهدم فأراد أحدهما بناءه مع صاحبه وامتنع الآخر من ذلك فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما أنه لا يجبر الذي أبى منهما على البنيان، ويقال لطالب ذلك استر على نفسك وابن إن شئت، وله أن يقسم معه عرض الجدار ويبني لنفسه، والرواية الأخرى أنه يؤمر بالبنيان مع شريكه ويجبر على ذلك. قال ابن عبد الحكم: وهذا أحب إلينا. انتهى من الكافي.انتهى كلام صاحب المسائل الملقوطة. ونقل الروايتين في الجلاب في باب البنيان والمرافق ونفي الضرر، وصدر المسألة بقوله: إذا كان حائط مشترك بين اثنين فليس لأحدهما أن يتصرف فيه إلا بإذن شريكه، وكذلك كل مال مشترك، وإذا انهدم الحائط المشترك وكان سترة بين اثنين وأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر ففيها روايتان إحداهما أنه يجبر الذي أبى على بنيانه مع شريكه، والأخرى أنه لا يجبر ولكن يقسمان عرصة الحائط ونقضه ثم يبني من شاء منهما لنفسه. انتهى.

وقال ابن عسكر في العمدة: ولو تنازع اثنان حائطا بين دارين ولا بينة حكم به لمن إليه وجوه الآجر واللبن والطاقات ومعاقد القمط، فإن لم تدل أمارة على الاختصاص فهو مشترك وليس لأحد الشريكين أن يتصرف بهدم أو بناء أو فتح باب أو كوة ونحو ذلك إلا بإذن الشريك، فلو كان المشترك سترة بينهما فانهدم فأراد أحدهما إصلاحه فهل يجبر الآخر؟ روايتان، وعلى القول بعدمه تقسم العرصة ليبني من شاء منهما، فلو هدمه أحدهما لغير ضرورة للزمه إعادته كما كان، وكذلك حكم البئر المشتركة تنهار. انتهى.

وقال في الإرشاد في فصل [الارتفاق[2397]]: وإذا تداعيا جدارا ولا بينة فهو لمن إليه وجوه الآجر والطاقات، فإن/ استويا فهو مشترك فلا يتصرف إلا بإذن الشريك، فمن هدمه لغير ضرورة لزمه إعادته، فإن انهدم فإن أمكن قسم عرصته، وإلا أجبر على إعادته، فإن بنى أحدهما فله منع الآخر من الانتفاع ليؤدي ما ينو به. انتهى. فكلامه في الإرشاد مخالف للروايتين اللتين حكاهما في الجلاب والعمدة، فإن ظاهر ذلك أن الرواية الأولى أنه يجبر على البناء ولا يقسم معه الحائط، وهو مقتضى كلام الكافي أيضا بخلاف ما قاله في الإرشاد، ولذلك اعترضه شارحه الشيخ سليمان البحيري بأن القسم إنما هو مفرع على الرواية الأخرى بعدم الجبر، ونصه إثر كلام صاحب الإرشاد المتقدم: وجملة ذلك أنه إذا لم تكن لأحدهما بينة تشهد له باختصاصه حكم فيه بشهادة العوائد فإن العادة أن توجيه الجدار إنما يكون من جهة المالك، وكذلك مغارز الأخشاب ونحو ذلك، والقمط هي الخشب التي تكون بين البنيان. قاله ابن ناجي. ثم قال: فإن لم تدل أمارة على اختصاص أحدهما به كان مشتركا بينهما. قاله في العمدة. وقال بهرام في الشامل: وحلفا عند عدم ترجيح واشتركا فلا يفتح فيه بابا ولا رزونة ولا يضع عليه خشبه ونحو ذلك إلا بإذن [شريكه،[2398]] فإن انهدم الجدار بنفسه أو هدمه الشريكان أو أحدهما لمصلحة اقتضت ذلك فلا يخلو من أن يمكن انقسام عرصته من غير ضرر أو لا،

151

الحديث ....

[2396] *- في المطبوع تنبيه قال وما بين المعقوفين من يحيى63 وسيد26.

[2397] *- في المطبوع الاتفاق وما بين المعقوفين من سيد26 وم54 ويحيى.

[2398] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم54 ويحيى63 والشيخ112.

نص خليل ....

متن الحطاب فإن أمكن قسمها قسمت، وإلا [فإن[2399]] طلب أحدهما الإصلاح وأبى الآخر أجبر على أن يبني مع شريكه، هذا ظاهر كلامه، والذي في الجلاب وإن انهدم الحائط، وذكر كلام الجلاب المتقدم بلفظه. ثم قال: فأنت تراه إنما جعل قسمة العرصة مفرعة على القول بعدم جبره على البناء، وتبعه على ذلك المؤلف في العمدة وشرحها، ولم أقف على مستند لما قاله في إرشاده في كلامه ولا في كلام غيره، والذي اختاره ابن عبد السلام والتلمساني في شرح الجلاب الرواية الأولى القائلة بأنه يجبر على البناء من أباه منهما.انتهى كلام الشيخ سليمان البحيري بلفظه.
قلت: فسر التلمساني في شرح الجلاب الرواية الأولى بأنه إما بنى معه أو قاسم إن كان مثله ينقسم أو يبيع ممن يبني مع الشريك. قال: وهذا القول أقيس فلا اعتراض على صاحب الإرشاد، وقال ابن عرفة: ولابن عبدوس عن ابن كنانة: لا يجبر أحدهما على بنائه، ومن شاء منهما ستر على نفسه، وقال ابن القاسم: يقال لمن أبى إما أن تبني أو تبيع أو تقاسم، ولابن حبيب عن ابن الماجشون يجبر الآبي منهما على البناء، وإن طلب قسم موضع الجدار فليس له ذلك. انتهى. فالحاصل من كلام صاحب التوضيح وصاحب الإرشاد أنه إن أمكن قسمه قسم، وإن لم يمكن قسمه فإما بنى معه أو باع، وهذا هو الراجح الذي رجحه صاحب الكافي وابن عبد السلام والتلمساني، واقتصر عليه في الإرشاد، [وهو[2400]] [داخل[2401]] تحت قول المصنف: "وقضي على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع". والله أعلم. وعلى ذلك حمل التتائي كلام صاحب الإرشاد ورد على من [اعترضه، ونصه في شرح قول[2402]] صاحب الإرشاد المتقدم: أي وإن انهدم الجدار بنفسه، فإن أمكن قسم [عرصته[2403]] بينهما قسمت، وإلا يمكن قسمتها أجبر الممتنع على البناء معه؛ أي مع الشريك [الطالب[2404]] لذلك ومسألة المصنف هذه داخلة تحت قول صاحب المختصر: "وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع" وما اعترض به بعضهم على المصنف من أن هذه مسألة الجلاب ذات الروايتين: الأولى الجبر على البناء مع شريكه، والأخرى عدم الجبر لكن يقسمان عرصة الحائط ونقضه ثم يبني من شاء منهما لنفسه، وأن ابن الجلاب إنما جعل قسمة العرصة مفرعة على الرواية بعدم الجبر على البناء سهو؛ [لأن[2405]] المصنف إنما ذكر الجبر مع عدم إمكان القسم، وابن الجلاب مع إمكانه، وأين أحدهما من الآخر؟ فتأمله.انتهى كلامه بلفظه. والله أعلم.
[الثاني: قال[2406]] ابن عرفة: وفيها مع غيرها منع أحد الشريكين بمجرد الملك في شيء تصرف فيه

الحديث ....

2399 – في المطبوع بان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم54 والشيخ113.

2400 *– في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من م54 وسيد26.

2401 – في المطبوع دخل وما بين المعقوفين من ن ذي ص151 وم54 وسيد26 والشيخ113.

2402 *– في المطبوع اعترض ونصه في قول وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد126.

2403 *– في المطبوع عرصة وما بين المعقوفين من سيد26 وم54 والشيخ113.

2404 *– في المطبوع والطالب وما بين المعقوفين من م54 والشيخ113 وسيد26.

2405 *– في المطبوع وسيد26 ولأن وما بين المعقوفين من م54 والشيخ113.

2406 *– في المطبوع فرعان الأول قال وما بين المعقوفين من سيد26 ويحيى64.

نص خليل وَبِهَدْمِ بِنَاءٍ بِطَرِيقٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ.

متن الحطاب 152 دون إذن شريكه للزوميته التصرف في ملك الغير/ بغير إذنه. الشيخ لابن حبيب عن الأخوين: ليس لأحد مالكي جدار أن يحمل عليه ما يمنع صاحبه من حمل مثله عليه إن احتاج إلا بإذنه، وإن كان لا يمنع صاحبه أن يحمل عليه مثل سقف بيت أو غرز [خشبة[2407]] فذلك له وإن لم يأذن. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولكل المنع في الجدار المشترك. قال في التوضيح: يعني لكل واحد من الشريكين منع شريكه من التصرف في الجدار المشترك حتى يأذن له شريكه كسائر المشتركات، ونحوه لابن عبد السلام، وفي المعونة: الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئا إلا بإذن شريكه. انتهى. ونحوه في التلقين، ونحوه لابن جزي في القوانين، وتقدم في كلام ابن الجلاب وصاحب العمدة والتلمساني نحو ذلك، فانظر ما حكاه ابن عرفة عن الشيخ لابن حبيب عن الأخوين من التفصيل المتقدم هل هو مخالف لما عزاه للمدونة وغيرها من الإطلاق، أو مقيد له؟ فتأمله. والله أعلم.

[**الثالث:**[2408]] قال في النوادر من كتاب ابن سحنون من سؤال ابن حبيب سحنونا عن الحائط بين الرجلين وهما مقران بذلك، ولكل واحد منهما خشب وخشب أحدهما أسفل من الآخر فأراد رفعها إلى حذاء خشب صاحبه فمنعه قال: ليس له أن يمنعه، فإن أنكر الذي خشبه [أعلى[2409]] أن يكون لصاحب الخشب السفلي من فوق خشبه شيء قال: القول قوله يريد مع يمينه. قال: لأنه حائز لما فوق خشب الأسفل يريد ولا عقد في ذلك الزائد الأسفل. انتهى. وقوله: "أنكر الذي خشبه أعلى" إلى آخره معناه أن صاحب الخشب الأعلى ادعى أن ما فوق خشب الأسفل خاص به، وليس ثم ما يشهد في ذلك الزائد الأسفل من عقد جدار أو ربط ونحو ذلك، ومراده بالزائد الأسفل ما تحت خشب الأعلى إلى خشب الأسفل. والله أعلم.

ص: وبهدم بناء بطريق ولو لم يضر ش: ذكر رحمه الله فيمن اقتطع سبيلا من طريق المسلمين وتزيده وأدخله في بنيانه قولين: أحدهما وهو المشهور أنه يهدم عليه ما [تزيده[2410]] من الطريق [وأدخله في بنيانه[2411]] ولو كان الطريق واسعا جدا لا يضره ما اقتطعه منه، والقول الثاني أنه إن كان ما اقتطعه يضر بالطريق هدم عليه، وإلا فلا، وهو المشار إليه بلو في قوله: "ولو لم يضر"، وفهم من كلام المصنف أن الخلاف المذكور إنما هو بعد الوقوع، وأما ابتداء فلا يجوز البناء بلا خلاف وهو كذلك، وكذلك فهم من كلامه أنه لو كان البناء مضرا بالطريق لهدم عليه بلا خلاف، وهو كذلك أيضا كما ستقف عليه في كلامهم. قال في العتبية في كتاب السلطان في سماع عبد الملك الملقب بزونان: وسألته عن الرجل يتزيد في داره من طريق المسلمين ذراعا أو ذراعين، فإذا بنى جدارا وأنفق عليه وجعله بيتا قام عليه جاره الذي هو مقابله من جانب الطريق فأنكر عليه ما تزيد ورفعه إلى السلطان

الحديث ......

[2407] *- في المطبوع خشبه وما بين المعقوفين من م54 والشيخ113.

[2408] *- في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من يحيى64 وسيد26.

[2409] *- في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من سيد27 والشيخ114.

[2410] *- في المطبوع يزيده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ114.

[2411] - في المطبوع وادخل في بنائه وما بين المعقوفين من ن ذي ص152 وم54 ويحيى64 والشيخ114.

نص خليل ....

متن الحطاب 153

وأراد أن يهدم ما تزيد من الطريق، وزعم أن سعة الطريق كان رفقا به لأن ذلك كان فناء له ومربطا لدابته وفي بقية الطريق ممر/ للناس، وكان فيما بقي من سعة الطريق ثمانية أذرع أو تسعة هل لذلك الجار إلى هدم بنيان جاره الذي بنى سبيل أو رفع ذلك بعض من كان يسلك تلك الطريق وفي بقية سعته ما قد أعلمتك؟ فقال يهدم ما بنى، وإن كان في سعة الطريق ثمانية أذرع أو تسعة لا ينبغي لأحد التزيد من طريق المسلمين، وينبغي للقاضي أن [يتقدم[2412]] في ذلك إلى الناس وينهى إليهم أن لا يحدث أحد بنيانا في طريق المسلمين، وذكر أن عثمان بن الحكم الخزاعي حدثه عن عبيد الله بن عمر عن أبي حازم أن حدادا ابتنى كيرا في سوق المسلمين قال: فمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرآه فقال لقد انتقصتم السوق ثم أمر به فهدمه.

قال أشهب: نعم يأمر السلطان بهدمه رفع ذلك إليه من كان [يسلك[2413]] الطريق أو رفع ذلك جيرانه لا ينبغي لأحد التزيد من طريق المسلمين، كان في الطريق سعة أو لم يكن كان مضرا ما تزيد أو لم يكن مضرا يؤمر بهدمه، وينبغي للسلطان أن يتقدم في ذلك إلى الناس أن لا يتزيد أحد من طريق المسلمين. قال ابن رشد: اتفق مالك وأصحابه فيما علمت أنه لا يجوز لأحد أن يقتطع من طريق المسلمين شيئا فيتزيده في داره ويدخله في بنيانه وإن كان الطريق واسعا جدا لا يضره ما اقتطع منه، واختلفوا إن تزيد في داره من الطريق الواسعة جدا ما لا يضر بها ولا يضيقها على المارة فيها فقال ابن وهب وأشهب يهدم عليه ما تزيد من الطريق وتعاد إلى حالها وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه، وقول مطرف وابن الماجشون في الأبرجة يبنيها الرجل في الطريق ملصقة بجداره، واختيار ابن حبيب على ظاهر ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الكير الذي أنشىء في السوق فأمر به فهدم، ووجه هذا القول أن الطريق حق لجميع المسلمين كالحبس، فوجب أن يهدم على الرجل ما تزيده في داره منها كما يهدم عليه ما تزيد من أرض محبسة على طائفة من المسلمين أو من ملك الرجل بعينه، وقيل إنه لا يهدم عليه ما تزيده من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها لسعتها لماله من الحق فيه؛ إذ هو بناؤه له الانتفاع به وكراؤه.

والأصل في ذلك ما جاء من أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالأفنية لأرباب الدور وأفنيتها ما أحاط بها من جميع نواحيها، فلما كان أحق بالانتفاع من غيره، ولم يكن لأحد أن ينتفع به إلا إذا استغنى هو عنه وجب أن لا يهدم عليه بنيانه فيذهب ماله هدرا، وهو أعظم الناس حقا في ذلك الموضع، بل لا حق لأحد معه فيه إذا احتاج إليه، فكيف إذا لم يتوصل إلى أخذه منه مع حاجته إليه إلا بهدم بنيانه وتلف ماله، وهذا بين لا سيما ومن أهل العلم من يبيح له ذلك ابتداء. في المجموعة من رواية ابن وهب عن ابن سمعان أن من أدرك من العلماء قالوا في الطريق يريد أهلها بنيان عرصتها إن الأقربين إليها يقتطعونها على قدر ما شرع فيها من رباعهم بالحصص، فيعطى صاحب الربع الواسع بقدره وصاحب الصغير بقدره ويتركون لطريق المسلمين ثمانية أذرع. قال ابن رشد: وإنما قالوا ثمانية أذرع احتياطا –والله أعلم– ليستوفى فيها السبعة الأذرع المذكورة في الحديث على زيادة الذراع[1] ونقصانه، وهذا القول الثاني

الحديث

1 – قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة اذرع، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2473، دار الفجر 2005.

[2412] – في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من ن ذي ص152 وم55 والشيخ114.

[2413] *– في المطبوع يسلط وما بين المعقوفين من ن عدود ص153.

نص خليل ....

متن الحطاب أظهر، والقائلون بالأول أكثر، وكل مجتهد مصيب، وقد نزلت بقرطبة قديما، واختلف الفقهاء فيها فأفتى ابن لبابة وأبو صالح أيوب بن سليمان ومحمد بن الوليد بأنه لا يهدم ما تزيده من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها، وأفتى عبد الله بن يحيى وابنه يحيى ويحيى بن عبد العزيز وسعد بن معاذ وأحمد بن بيطير بأن يهدم ما تزيد منه على كل حال. وبالله التوفيق. انتهى. وما استظهره ابن رشد [من أنه[2414]] لا يهدم عليه ما تزيد من الطريق إذا كان ذلك لا يضر بها أفتى به أيضا في نوازله ورجحه في سؤال كتب به إليه القاضي عياض يسأله عن شخص بنى حائطا بجنته في بطن واد وقد كان حائطه دون ذلك. فأجابه: إن كان الحائط الذي بناه يضر بالطريق أو بجاره/ فيهدم ما بناه وإن كان الحائط لا يضر بالطريق ولا بجاره لم يهدم عليه، وهذا على القول بأن من تزيد من طريق المسلمين في داره ما لا يضر بالطريق لا يهدم بنيانه، والذي يترجح عندي من القولين أنه لا يهدم عليه بنيانه إذا لم يضر بالطريق لماله من الحق في البناء، وهو الذي أقول به في هذه المسألة وإن من أهل العلم من يبيح ذلك ابتداء. انتهى.

154

وقال في العتبية أيضا في رسم الأقضية والحبس من كتاب السلطان: قال أصبغ: سألت أشهب عن رجل يهدم داره وله الفناء الواسع فيزيد فيها من الفناء يدخله بنيانه ثم يعلم بذلك؟ قال: لا يتعرض له إذا كان الفناء واسعا [رحراحا[2415]] لا يضر الطريق، وقد كرهه مالك وأنا أكرهه ولا آمر به ولا أقضي عليه بهدمه إذا كان الطريق واسعا [رحراحا[2416]] لا يضر ذلك بشيء منه ولا يحتاج إليه ولا يقاربه المشي. قال أصبغ في الرجل يبني دارا له فيأخذ من طريق المسلمين شيئا يزيده فيها كان ذلك مضرا بطريق المسلمين أو لا يضر أترى ذلك جائزا؟ وهل تجوز شهادة مثل هذا؟ قال أصبغ: إن كان اقتطعه اقتطاعا [مما[2417]] يضر بالطريق والمسلمين وأدخله في بنيانه وكان إدخاله فيما يرى بمعرفة لا بجهالة أو وقف عليه فلم يبال فلا أرى أن تجوز شهادته ويهدم بنيانه إذا أضر جدا، وإن كانت الطريق واسعة جدا كبيرة وكان الذي أخذ الشيء اليسير جدا الذي لا يضر ولا يكون فسادا في [صغر[2418]] ما أخذ وسعة الطريق وكثرته فلا أرى أن يهدم بنيانه ولا يعرض له، وقد سألت أشهب عنها بعينها ونزلت عندنا فكان هذا رأيي فيها فسألته عنها فقال لي مثله.

قال ابن رشد: هذا من قول أصبغ وروايته عن أشهب خلاف ما مضى قبل هذا في سماع زونان، وقد مضى القول على ذلك هناك مجودا مستوفى فلا وجه لإعادته هنا. وبالله التوفيق. ويشير بذلك لكلامه المتقدم، ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد المتقدم مختصرا فقال: قال ابن رشد: ولا يباح لذي الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه ورد كما كان، وإن كان لا يضر ففي هدمه قولان لسماع زونان ابن وهب مع أشهب وأصبغ مع سماعه من أشهب، والقائلون بالأول أكثر، والثاني أظهر. انتهى. وقد استوفى ابن سهل في أحكامه الكبرى الكلام على هذه المسألة في مسائل

الحديث ....

[2414] *- في المطبوع وسيد27 أنه وما بين المعقوفين من م55 والشيخ115.

[2415] *- في المطبوع وبراحا وما بين المعقوفين من م55 وسيد27.

[2416] *- انظر الهامش السابق.

[2417] - في المطبوع فما وما بين المعقوفين من ن ذي ص154 والشيخ115 وسيد27.

[2418] *- في المطبوع صغير وما بين المعقوفين من الشيخ115 وسيد27.

نص خليل ....

متن الحطاب الاحتساب في ترجمة الاحتساب على ابن السليم فيما اقتطعه من المحجة وضمه إلى جنته، وذكر النازلة بقرطبة التي أشار إليها ابن رشد في كلامه المتقدم، وذكر فتاوى المشايخ الذين ذكرهم ابن رشد وغيرهم، ولم يخرج [أحد[2419]] منهم في استدلاله عن مسألة العتبية، وقد نقل في أثناء جواب يحيى بن عبد الله بن يحيى عن محمد بن أصبغ أن أباه أصبغ رجع عن قوله أنه لا يهدم ما لا يضر إلى أنه يهدم، ونصه: وحدثني محمد بن أصبغ بن الفرج أن أباه أصبغ رجع عن قوله فيمن اقتطع من أفنية المسلمين شيئا وأدخله في داره أنه إذا كان واسعا رحراحا أنه لا يهدم، فرجع عن ذلك وقال: [يهدم[2420]] ويرد إلى حالته. وقال إن الأفنية [والطرق[2421]] كالأحباس للمسلمين لا يجوز لأحد أن يحدث فيها حدثا إلا من ضرورة واضطر إلى ذلك، ثم نقل عن ابن غالب في أثناء جوابه ما نصه: ورأيت بعض أصحابنا قد ذهب إلى اختيار قول أصبغ أنه لا يهدم على المقتطع من طريق المسلمين ما اقتطع إذا كان الطريق واسعا رحراحا فاختار برأيه ما رآه صوابا، والذي نراه -والله نسأله التوفيق- اتباع قول المتقدمين؛ يعني الهدم، وهو إلى التوفيق أقرب إن شاء الله، والعجب من الذي اختار قول أصبغ كيف فارق قول عمر المعروف عنه؟ وما علمته أرخص فيها لأحد قط، وما أظن به إلا أنه اجتهد. والله نسأله التوفيق. ثم قال في آخر كلامه بعد ذكر أجوبتهم: وقد ذكر ابن حبيب رحمه الله هذه المسألة في

155 كتابه بأحسن مساق وأقرب ألفاظ وأبين معان مما وقع في العتبية، ولم يذكر ذلك كل/ واحد ولا خرجوا عما في العتبية فدل على مغيب ما في كتاب ابن حبيب عنهم وعزوبه عن ذكرهم ورأيت نقله إذ فيه تتميم لمسألتهم. قال ابن حبيب: سألت مطرفا وابن الماجشون عن الرجل يبني أبرجة في الطريق ملصقة بجداره هل يمنع من ذلك ويؤمر بهدمها إذا فعل ذلك؟ فقالا لي نعم ليس له أن يحدث في الطريق شيئا ينتقصه به وإن كان ما أبقى من الطريق واسعا لمن سلكه.

قال ابن حبيب: وسألت أصبغ بن الفرج عن ذلك فقال لي إن له ذلك إذا كان ما وراءها من الطريق واسعا. قال لي أصبغ: وذلك أن عمر بن الخطاب قضى بالأفنية لأرباب الدور، وقال لي فالأفنية دون الدور كلها مقبلها ومدبرها ينتفعون بها ما لم [تضيق[2422]] طريقا أو يمنع ما يضر بالمسلمين، فإذا كان لهم [الانتفاع[2423]] بغير ضرورة حموه إن شاء الله، ومن أدخل منهم في بنيانه ما كان له أن يحميه ببرج يسد داره أو حظر حظيرة وزاده في داره لم ير أن يعرض له ولا يمنع إذا [كانت الطرق[2424]] وراءه واسعة منبسطة لا تضر بوجه من الوجوه ولا تضيق. قال: وأكره له ابتداء أن يحظره أو يدخله في بنيانه مخافة الإثم عليه، وإن فعل لم أعرض عليه فيه بحكم ولم أمنعه منه وقلدته منه ما تقلد، وقد بلغني أن مالكا كره له البنيان وأنا أكره له بدأ، فإذا فات على ما وصفنا لم أر أن يعرض له فيه. قال أصبغ: وقد نزل مثل هذا عندنا واستشارني فيه السلطان، وسألني النظر إليه يومئذ، فنظرت فرأيت أمرا واسعا جدا فجا من الفجوج، وكان له محيط

الحديث ....

[2419] – في المطبوع أحدا وما بين المعقوفين من ن ذي ص154 وم55 والشيخ116 وسيد27.
[2420] *– في المطبوع ويهدم وفي م55 وسيد27 بهدمه والشيخ116 يهدمه وصوبه الشيخ محمد سالم ب (يهدم).
[2421] – في المطبوع والطريق وما بين المعقوفين من سيد27 وم55.
[2422] *– في م56 وسيد27 يضيق.
[2423] – كذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (الاتساع) وهو الذي في الشيخ 116 وم56.
[2424] – في المطبوع كان الطريق وما بين المعقوفين من م56 وسيد27.

نص خليل ....

متن الحطاب

محظور عن الطريق يجلس فيه الباعة فكسره وأدخله في بنيانه، فرأيت ذلك واسعا وأشرت به على السلطان فحكم به، وسألت عنه أشهب يومئذ فذهب مذهبي وقال مثل قولي. قال ابن حبيب: وقول مطرف وابن الماجشون فيه أحب إلي، وبه أقول. [ألا يكون[2425]] له أن ينتقص الطريق والفناء ببناء [يشد[2426]] به جداره أو يدخله في داره وإن كانت الطريق واسعة صحراء في سعتها لأنها حق لجميع المسلمين ليس لأحد أن ينتقصه كما لو كان حقا لرجل لم يكن لهذا أن ينتقصه إلا بإذنه ورضاه، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أخذ شبرا من الأرض بغير حقه طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين[1]} وإنما يفسر قضاء عمر بن الخطاب بالأفنية لأرباب الدور بالانتفاع للمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة [فيها[2427]] للبياعات الخفيفة [في[2428]]الأفنية، وليس بأن تحاز للبنيان والتحظير، وكذلك سمعت من أرضى من أهل العلم يقول في تأويل ذلك، ثم ذكر ابن حبيب خبر عمر بن الخطاب رضي الله عنه في هدم كير الحداد [وأثرا[2429]] عن النبي صلى الله عليه وسلم في اقتطاع الأفنية والطرق والوعيد في ذلك[2] [و[2430]]في المجموعة: روى ابن وهب عن ابن سمعان أن من أدرك من العلماء قالوا في الطريق يريد أهلها بنيان عرصتها أن الأقربين [إليها[2431]] يقتطعونها بالحصص على قدر ما شرع فيها من رباعهم فيعطى صاحب الربعة الواسعة بقدر ما شرع فيها من ربعهم وصاحب الصغيرة بقدرها ويتركون لطريق المسلمين [ثمانية أذرع[2432]].

قال القاضي ابن سهل: وهذا أشد [مما[2433]] أنكره منكرهم من قول أصبغ؛ لأن أصبغ كرهه ابتداء ورأى أن تركه لمن فعله إذا كان واسعا رحراحا فجا من الفجوج، وقال ابن أبي زيد في نوادره: قال لنا أبو بكر بن محمد: اختلف أصحابنا فيمن يزيد في بنيانه من الفناء الواسع لا يضر فيه بأحد فروى ابن وهب عن مالك أنه ليس له ذلك، وقال عنه ابن القاسم لا يعجبني ذلك، ولابن وهب عن ربيعة في المجموعة: من بنى مسجدا في طائفة من داره فلا يتزيد فيه من الطريق، وقال مالك لا بأس بذلك إن كان لا يضر بالطريق، وفي كتاب ابن سحنون: [وسأله حبيب[2434]] عمن أدخل في داره من زقاق المسلمين النافذ شيئا فلم يشهد به الجيران إلا بعد عشرين سنة.

قال: إذا صحت البينة فليرد ذلك إلى الزقاق، ولا تحاز الأزقة، وفي موضع آخر إن كان ضرر ذلك بينا ولا عذر للبينة في ترك القيام فهي/ جرحة، وهذا كله لم يقف القوم عليه ولا [بلغته مطالعتهم[2435]] ولو علموه لنقلوه وآثروا ذكره، وقول محمد بن غالب: والعجب من الذي اختار قول أصبغ كيف فارق قول عمر، هو أعجب مما تعجب منه، لأنه تكلم بغير تدبر وأنكر قبل أن يفكر؛ لأن قول أصبغ قد رواه عن أشهب فصار [مختار[2436]] ذلك مختارا لقولهما وقول أصبغ وروايته عن أشهب ينضاف [إليهما[2437]] ما [ذكره ابن[2438]] سمعان عمن أدرك من العلماء، ويوشك أن يكونوا من التابعين مع اختلاف قول مالك في هذا الأصل، ومن استظهر بهذا كله في جوابه لا [يشنع[2439]] عليه في مخالفة عمر رضي الله عنه؛ لأن هؤلاء كلهم لم يخالفوه إلا إلى أصل

156

الحديث

1 – من أخذ شبرا من الأرض بغير حقه طوقه في سبع أرضين يوم القيامة، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1610، وفي رواية له من أخذ شبرا من الأرض ظلما فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين، مسلم، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1610.

2– انظر النوادر، ج1 ص47.

2425 – في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 وم56 والشيخ116.

2426 – في المطبوع يسد وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص642.

2427 – في المطبوع فيه وما بين المعقوين من أحكام ابن سهل ص642.

2428 – في المطبوع والأفنية وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص642.

2429 *– في المطبوع وسيد27 والشيخ117 وأثر وما بين المعقوفين من م56.

2430 – ساقطة من المطبوع وم56 وما بين المعقوفين من ن ذي ص155 والشيخ117.

2431 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في أحكام ابن سهل ص642.

2432 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في أحكام ابن سهل ص642.

2433 – في المطبوع ما وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص642.

2434 – في المطبوع ابن حبيب وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643 والشيخ117.

2435 – في المطبوع بلغهم مطالعته وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643.

2436 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في أحكام ابن سهل ص643.

2437 – في المطبوع إليها وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643.

2438 – في المطبوع ما ذكر لابن سمعان وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643.

2439 – في المطبوع يتسع وما بين المعقوفين من ن عدود 156 وهو الذي في الأحكام الكبرى لابن سهل ص643.

نص خليل وَبِجُلُوسِ بَاعَةٍ بِأفْنِيَةِ الدُّورِ لِلْبَيْعِ إنْ خَفَّ.

متن الحطاب [ولا اجتمعوا[2440]] على القول به إلا عن علم، مع أن حديث عمر وجواب أصبغ ومن وافقه [مختلفا[2441]] المعنى في الظاهر؛ لأن المعهود في [طرق الأسواق وأزقتها[2442]] الضيق في [مساحتها[2443]] على أن ينتقص منها وهي مجتمع الناس فهم يحتاجون إلى حيث يجولون ويتصرفون، وكذلك في حديث عمر أنه قال حين أمر بهدم الكير: يضيقون على الناس [السوق.[2444]] والطريق في مسألة أصبغ كان واسعا ظاهر الاتساع غير مضر بالمارة، وكان الاستحسان عنده لمن تزيد من مثل هذا الطريق أن يترك لئلا يفسد عليه ما بنى ويذهب إنفاقه باطلا، ولعله كان مضطرا إلى ذلك لضيق ساحة داره وتقصيرها عما يقوم به في مسكنه، فالمختار [لقوله[2445]] على هذا غير مخالف، بل هو مجتهد في النظر واضع للاستحسان في موضعه. والله ولي التوفيق. انتهى كلام ابن سهل بلفظه.

تنبيهان: الأول: تحصل من هذا [وما[2446]] تقدم في كلام ابن رشد أنه اتفق مالك وأصحابه أنه لايجوز لأحد ابتداء أن يقتطع من الطريق شيئا ويدخله في بنيانه وإن كان الطريق واسعا جدا لا يضره ما اقتطع منه، فإن اقتطع [منه[2447]] شيئا وأدخله في بنيانه فإن كان مما يضر بها ويضيقها على المارة هدم عليه ما تزيد منها وأعيدت إلى حالها بلا خلاف، وإن كان مما لا يضر بها ولا يضيقها على المارة فاختلف في ذلك على قولين: الأول أنه يهدم عليه ما تزيد منها وتعاد إلى حالها، وهو الذي شهره المصنف، والثاني أنه لا يهدم عليه ما تزيد منها إذا كان ذلك لا يضر بها ولا يضيقها على المارة لسعتها، واستظهره ابن رشد في البيان ورجحه في نوازله، وهو المشار إليه بلو في قول المصنف: "ولو لم يضر". والله أعلم.

الثاني: إن قيل قول ابن رشد في أول كلامه: "اتفق مالك وأصحابه فيما علمت أنه لا يجوز لأحد أن يقتطع من طريق المسلمين شيئا" إلى آخر كلامه السابق يناقضه قوله في آخر كلامه في البيان بعد استظهاره للقول بعدم الهدم لا سيما [و[2448]]من أهل العلم من يبيح له ذلك ابتداء واستشهاده على الجواز ابتداء بما في المجموعة من رواية ابن وهب عن ابن سمعان عمن أدرك من العلماء بما قالوه في الطريق يريد أهلها بنيان عرصتها؛ إذ مقتضى ذلك وجود الخلاف في البناء ابتداء، وكذا قوله في نوازله بعد ترجيحه للقول بعدم الهدم؛ إذ من أهل العلم من يبيح له ذلك ابتداء فالجواب أن مراده بأهل العلم خارج المذهب كما دل على ذلك كلام ابن سهل المتقدم حيث قال: وقول أصبغ وروايته عن أشهب ينضاف إليها ما ذكره ابن سمعان عمن أدرك من العلماء، ويوشك أن يكونوا من التابعين. والله أعلم.

ص: **وبجلوس باعة بأفنية الدور للبيع إن خف** ش: قال ابن عرفة: وفناء الدار هو ما بين يدي بنائها فاضلا عن ممر الطريق المعد للمرور غالبا، كان بين يدي بابها أو غيره، وكان بعض شيوخنا

الحديث ....

[2440] *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في أحكام ابن سهل ص643.
[2441] - في المطبوع مختلف وما بين المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643.
[2442] - في المطبوع طريق الأسواق أن فيها وما بينت المعقوفين من أحكام ابن سهل ص643.
[2443] *- في المطبوع ساحتها وما بين المعقوفين من ن ذي ص156 وم56 والشيخ117 وسيد27.
[2444] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م68 وسيد27.
[2445] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م68 وسيد27.
[2446] *- الواو ساقطة من المطبوع وم56 وسيد27 وقد وردت في ن ذي ص156 والشيخ117.
[2447] *- في المطبوع منها وما بين المعقوفين من م56 وسيد27 والشيخ117.
[2448] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص156 وم56 والشيخ117.

نص خليل ....

متن الحطاب

يشير لأنه الكائن بين يدي بابها وليس كذلك لقولها في كتاب القسم: وإن قسما دارا على أن يأخذ كل واحد طائفة فمن صارت له الأجنحة في حظه فهي له، ولا [تعد[2449]] من الفناء، وإن كانت في هواء الأفنية [فهي تعد من البناء قال:[2450]] وفناء الدار لهم [أجمعين[2451]] الانتفاع به. انتهى.

قلت: وكأنه لم يقف على نص في تفسير الفناء إلا ما أخذه من كتاب القسم، وقد صرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: الأفنية [دون[2452]] الدور/ كلها مقبلها ومدبرها. انتهى.

157

فرع: قال في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: سئل ملك عن الأفنية التي تكون في الطريق يكريها أهلها أذلك لهم وهي طريق المسلمين؟ قال: أما كل فناء ضيق إذا وضع فيه شيء أضر ذلك بالمسلمين في طريقهم فلا أرى أن يمكن أحد من الانتفاع به وأن [يمنعوا[2453]]، وأما كل فناء إن انتفع به أهله لم يضيق على المسلمين في ممرهم لسعته فلا أرى به بأسا. ابن رشد: وهذا كما قال أن لأرباب الأفنية أن يكروها ممن يصنع فيها ما لا [يضيق به الطريق[2454]] على المارة لأنهم إذا كان لهم أن ينتفعوا بها على هذه الصفة وكانوا أحق بذلك من غيرهم كان لهم أن يكروها؛ لأن ما كان للرجل أن ينتفع به كان له أن يكريه، وهذا مما لا أعلم فيه خلافا. انتهى. وقال قبله في رسم طلق بن حبيب في السماع المذكور: وسئل مالك عن رجل له داران وهما في رحبة وأهل الطريق ربما ارتفقوا بذلك الفناء إذا ضاق الطريق عن الأحمال وما أشبهه فدخلوا عليه فأراد أن يجعل عليه نجافا وبابا حتى تكون الرحبة له فناء ولم يكن على الرحبة باب ولا نجاف؟ قال: ليس له ذلك. قال ابن رشد: هذا كما قال إنه ليس له أن يجعل على الرحبة نجافا وبابا ليختص بمنفعتها ويقطع ما للناس من الحق في الارتفاق بها؛ لأن الأفنية لا تحجر، إنما لأربابها الارتفاق بها وكراؤها فيما لا يضيقها على المارة فيه من الناس ولا يضربهم فيه على ما يأتي في رسم تأخير صلاة العشاء بعد هذا، وقد اختلف فيمن تحجر من الفناء الواسع الشيء اليسير الذي لا يضر تحجيره بمن يمر في الطريق هل يقر ذلك أم يهدم عليه على ما يأتي في رسم زونان وسماع أصبغ بعد هذا؟ انتهى. ويشير برسم تأخير صلاة العشاء لكلامه الذي فوق هذا وبسماع زونان وسماع أصبغ لما تقدم في شرح قول المصنف: ["وبهدم[2455]] بناء بطريق ولو لم يضر" والنجاف قال في الصحاح: العتبة وهي أسكفة الباب. انتهى.

تنبيه: قال ابن عرفة في إحياء الموات والطرق إثر قول ابن رشد المتقدم؛ لأن ما كان للرجل أن ينتفع به كان له أن يكريه ما نصه: قلت: وهذه الكلية غير صادقة لأن بعض ما للرجل أن ينتفع به لا يجوز له أن يكريه كجلد الأضحية وبيت المدرسة للطالب ونحوه. انتهى. ولم يتعقبه بنقل يرده، لكن قال قبله بنحو السبعة الأوراق: ابن الحاجب تابعا لابن شاس: والمحفوفة بالملك لا تختص، ولكل الانتفاع بملكه وحريمه.

الحديث ....

2449 *- في المطبوع وم56 ويحيى65 والشيخ118 وسيد28 يعد وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص219.

2450 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج4 ص219.

2451 *- في المطبوع وم56 ويحيى65 والشيخ118 وسيد28 أجمعون وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص219.

2452 *- في المطبوع دور وما بين المعقوفين من الشيخ118 وم56 ويحيى65.

2453 *- هكذا في جميع النسخ والبيان والتحصيل، ج9 ص342.

2454 - في المطبوع يضر بالطريق وما بين المعقوفين من سيد28 والشيخ118.

2455 *- في المطبوع وم57 ويهدم وما بين المعقوفين من سيد28 والشيخ118.

نص خليل ....

متن الحطاب

قلت: في تسوية الانتفاع بحريمه وملكه بمجرد عطفه عليه نظر؛ لأن مسمى حريمه المغاير لمسمى ملكه لعطفه عليه إنما يصدق على الفناء وليس انتفاعه به كانتفاعه بملكه لجواز [كرائه[2456]] ملكه مطلقا، وأما فناؤه فسمع ابن القاسم، ونقل كلام العتبية المتقدم وكلام ابن رشد وكلامه المتقدم ذكره، ويشهد لما قاله ابن عرفة من أنه ليس انتفاعه بفنائه كانتفاعه بملكه قول ابن رشد في شرح ثاني مسألة من الأقضية: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها، إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرحا وغيره، وسيأتي في الفرع الذي في آخر القولة عن ابن رشد وابن أبي زيد نحو هذا، ورأيت في مسائل الضرر من البرزلي ما نصه: لا شك أنه أي رب الفناء مقدم في الانتفاع بالفناء في ربط دابته وإلقاء كناسته وحفر بئر مرحاض ونحو ذلك ما لم يضر بالمارة حتى ادعى ابن رشد أن له كراءه؛ لأن من ملك المنفعة جاز له كراؤها، والصواب أن له الانتفاع فقط فليس له فيه التصرف التام. انتهى.

قلت: في قوله ادعى ابن رشد نظر؛ لأنه يقتضي أن ابن رشد قال ذلك من نفسه، وقد علمت أنه قول مالك كما تقدم، وقال الأبي في شرح مسلم في كتاب الصلاة في حديث[1] اتخاذ المساجد: الفناء ما يلي [الجدار[2457]]/ من الشارع المتسع النافذ فلا فناء للشارع الضيق لأنه لا يفضل منه شيء عن المارة وكذا لا فناء لغير النافذة، ولأن للأفنية حكم الطريق وهي لا تملك وإنما لأربابها الانتفاع بها، واختلف هل لهم أن يكروها. انتهى. ويفهم من كلام المصنف أنه لا كراء لهم خصوصا من قوله بعده وللسابق والله أعلم وقوله: "إن خف" هو نحو قول ابن الحاجب ولا يمنع الباعة منها فيما خف ولا غيرهم. قال في التوضيح في إحياء الموات: احترز بقوله فيما خف مما يستدام، خليل وعلى هذا فلا ينبغي أن يشترى من هؤلاء الذين يغرزون الخشب في الشوارع عندنا لأنهم غصاب للطريق، وقاله سيدي أبو عبد الله بن الحاج رحمه الله. انتهى. قال ابن عرفة في إحياء الموات والطرق: الشيخ في المجموعة والواضحة روى ابن وهب أنه صلى الله عليه وسلم قال: {من اقتطع من طريق المسلمين وأفنيتهم شبرا من الأرض طوقه الله من سبع أرضين[2]} وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدور. ابن حبيب: تفسيره يعني بالانتفاع بالمجالس والمرابط والمساطب وجلوس الباعة للبيع الخفيف، ومر عمر بكير حداد في الطريق فأمر به فهدم وقال يضيقون على الناس السوق. انتهى.

158

تنبيه: قوله: "والمساطب" لعل المراد به الدكك التي تبنى إلى جانب الأبواب، ويؤيده ما ذكره في النوادر بعد هذا الكلام الذي ذكره ابن عرفة، ونصه: وسأل ابن حبيب سحنونا عمن بنى على باب داره في السكة دكانا وهي لا تضر بالزقاق، غير أنها قبالة دار رجل وهي تضر به لأنه يقعد عليها ويقعد ناس؟ فقال يمنع من بنائها إذا كانت تضر بالآخر. انتهى. ومفهومه أنها لو لم تضر بالآخر لم يمنع من بنائها، ونقله أبو إسحاق التونسي أيضا في كتاب القسمة وابن بطال في مقنعه.

الحديث

1 – عن ابراهيم بن يزيد التيمي قال كنت أقرأ على أبي القرآن في السدة فإذا قرأت السجدة سجد فقلت له يا أبت أتسجد في الطريق قال إني سمعت أبا ذر يقول سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أول مسجد وضع في الأرض قال المسجد الحرام قلت ثم أي قال المسجد الأقصى قلت كم بينهما قال أربعون عاما ثم الأرض لك مسجد فحيثما أدركتك الصلاة فصل، مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، رقم الحديث 521، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

2 – من اقتطع شبرا من الأرض ظلما طوقه الله إياه يوم القيامة من سبع أرضين، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة رقم الحديث1610. وفي مجمع الزوائد ج4 ص179 من أخذ من طريق المسلمين شبرا جاء به يحمله من سبع أرضين، رواه الطبراني في الكبير والصغير.، ط مؤسسة المعارف. ولفظ الحطاب هو ما ورد في النوادر والزيادات، دار الغرب الاسلامي 1999.

2456 *– في م57 ويحيى65 والشيخ118 كراء.

2457 *– في المطبوع الجدرات وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الأبي ج2 ص410.

نص خليل وَلِلسَّابِقِ كَمَسْجِدٍ.

متن الحطاب **فرع**: قال ابن رشد في شرح ثاني مسألة من الأقضية إثر قوله المتقدم: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة، فإذا كان لقوم فناء وغابوا عنه واتخذ مقبرة فمن حقهم أن يعودوا إلى الانتفاع بها للرمي فيها إذا قدموا إلا أنه كره لهم مالك درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت؛ لما جاء في درس القبور، فعنه صلى الله عليه وسلم: {لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه[1]} وقال: {إن الميت يؤذيه في قبره ما يؤذيه في بيته[2]}، وقال ابن أبي زيد: إنما كره لهم درسها لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم [يكره[2458]] لهم ذلك، وروي عن علي رضي الله عنه وَارُوا وانتفعوا بظهرها. ابن رشد: لو كانت من الأملاك المحوزة ودفن فيها بغير إذنهم كان من حقهم نبشها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بشهداء أحد لما أراد معاوية إجراء العين. انتهى.

فرع: وأما اقتطاع شيء من الأفنية والتحويز عليه ببناء أو غيره فقال ابن عرفة: قال ابن رشد: ولا يباح لذي الفناء أن يدخله في داره، فإن فعل وهو يضر بالطريق هدم عليه ويقر كما كان، وإن كان لا يضر ففي هدمه قولان لسماع زونان ابن وهب وأشهب وأصبغ مع سماعه، والقائلون بالأول أكثر، والثاني أظهر، ورجحه ابن رشد في نوازله في كتاب الدعوى والخصومات في سؤال كتب به القاضي عياض [يسأل[2459]] عن شخص بنى حائطا بجنبه في بطن واد وقد كان حائطه دون ذلك فأجابه: إن كان الحائط الذي بناه يضر بالطريق أو بجاره فيهدم ما بناه، وإن كان الحائط لا يضر بالطريق ولا بجاره لا يهدم عليه، وهذا على القول بأن من تزيد من طريق المسلمين في داره ما لا يضر بالطريق لا يهدم بنيانه، والذي يترجح عندي من القولين أنه لا يهدم عليه بنيانه إذا لم يضر بالطريق لماله من الحق في البنيان وأن من العلماء من يبيح له ذلك ابتداء، وهو الذي أقول به في هذه المسألة. انتهى.

ص: **وللسابق كمسجد** ش: تصوره واضح، وقد ذكر ابن غازي قولين فيمن قام من الباعة من المجلس ونيته الرجوع إليه في غد، فحكى الماوردي/ عن مالك أنه أحق به حتى يتم غرضه، وقيل هو وغيره فيه سواء، فمن سبق كان أولى به. قال في الشامل في إحياء الموات: وللباعة وغيرهم الجلوس فيما خف، والسابق أحق من غيره كمسجد ويسقط حقه إن قام لا بنية [عوده،[2460]] وإلا فقولان. انتهى. وقال في التوضيح: وذكر ابن غازي قولين فيمن قام من الباعة من المجلس ونيته الرجوع إليه في غد فحكى الماوردي عن مالك أنه أحق به حتى يتم غرضه، وقيل هو وغيره فيه سواء فمن سبق كان أولى به. ثم قال: وهذا الذي اختصر المصنف حيث قضى للسابق للأفنية بها ثم شبه به السابق للمسجد. انتهى. فيفهم من كلام ابن غازي أن المصنف رجح القول الثاني، وذكر ابن غازي عن شيخه القوري عن العوفية أن من وضع بمحل من المسجد شيئا يحجره به حتى يأتي إليه يتخرج على مسألة هل ملك التحجير إحياء؟.انتهى. ولم يذكر غير هذا. **قلت**: سيأتي في إحياء الموات أن التحجير ليس

159

الحديث 1 – لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير له من أن يجلس على قبر. مسلم، كتاب الجنائز، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 971، ولفظ ابن ماجه لئن أمشي على جمرة أو سيف أو أقصف نعلي برجلي أحب إلي من أن أمشي على قبر مسلم. سنن ابن ماجه، ج1 ص499. البيان والتحصيل، لابن رشد، دار الغرب الاسلامي، بيروت 1988.

2– إن الميت يوذيه في قبره ما كان يوذيه في بيته، كشف الخفاء، ج1 ص299.

[2458] – في المطبوع يكن وم57 وما بين المعقوفين من ن ذي ص158 ويحيى66.

[2459] *– في المطبوع وسيد يسئل وما بين المعقوفين من م57.

[2460] *– في الشيخ119 العود.

نص خليل ....

متن الحطاب بإحياء، ونص في المدخل على أنه لا يستحق السبق في المسجد بإرسال سجادته وأنه غاصب لذلك المحل، ونص كلامه في فصل اللباس في ذم الطول في ذلك: والتوسع فيه بأن أحدهم إذا كان في الصلاة وضم ثوبه حصل في النهي الوارد في ذلك، وإن لم يضمه انفرش على الأرض وأمسك به مكانا ليس له أن يمسكه لأنه ليس له في المسجد إلا موضع قيامه وسجوده وجلوسه، وما زاد على ذلك فلسائر المسلمين، وإذا بسط شيئا يصلي عليه احتاج أن يبسط شيئا كثيرا لسعة ثوبه فيمسك بذلك موضع رجلين أو نحوه فإن هابه الناس لكمه وثوبه وتباعدوا منه ولم يأمرهم بالقرب فيمسك ما هو أكثر من ذلك، فإن بعث سجادة إلى المسجد في أول الوقت أو قبله ففرشت له هناك وقعد إلى أن يمتلىء المسجد بالناس ثم يأتي يتخطى رقابهم فيقع في محذورات [جملة؛[2461]] منها غصبه لذلك الموضع الذي [جعلت[2462]] فيه السجادة؛ لأنه ليس له أن يحجره، وليس لأحد فيه إلا موضع صلاته، ومن سبق كان أولى، ولا نعلم أحدا يقول إن السبق للسجادة وإنما هو لبني آدم فيقع في الغصب لكونه منع ذلك المكان ممن سبقه، ومنها تخطيه لرقاب المسلمين، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على أن فاعل ذلك مؤذ، وقد ورد كل مؤذ في النار. انتهى.

وظاهر كلام القرطبي في تفسيره في سورة المجادلة أنه يستحق السبق بذلك فإنه قال: إذا أمر إنسان إنسانا أن يبكر إلى الجامع فيأخذ له مكانا يقعد فيه فإذا جاء الآمر يقوم له المأمور لا يكره؛ لما روي أن ابن سيرين كان يرسل غلامه إلى مجلس له في يوم الجمعة فيجلس فيه، فإذا جاء قام له منه. ثم قال: فرع وعلى هذا من أرسل بساطا أو سجادة فتبسط له في موضع من المسجد. انتهى. ونقله الشيخ عبد الله بن فرحون في تاريخ المدينة محتجا به.

قلت: وتخريجه إرسال السجادة على إرسال الغلام غير ظاهر، والصواب ما قاله في المدخل وأن السبق لا يستحق بها، وهذا [إن سلم[2463]] من تخطي رقاب الناس إليها، وأما مع ذلك فلا يشك في المنع.

فرع: قال القرطبي: إذا قعد أحد من الناس في موضع من المسجد لا يجوز لغيره أن يقيمه حتى يقعد مكانه. انتهى.

فرع: قال القرطبي: إذا قام القاعد في مكان من المسجد حتى يقعد غيره فيه نُظِرَ فإن كان الموضع الذي قام إليه مثل الأول في سماع الإمام لم يكره له ذلك، وإن كان أبعد كره له ذلك لأن فيه تفويت حظه. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تاريخ المدينة الشريفة: قال علماؤنا: يستحب للقاضي والعالم والمفتي اتخاذ موضع من المسجد حتى ينتهي إليه من أرادهم، وبذلك قال علماء الحنفية، ونقل في المدارك أن مالكا رحمه الله تعالى كان له موضع في المسجد، وهو مكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو المكان الذي

الحديث ....

2461 *- في يحيى66 جمة.

2462 *- في المطبوع عملت وما بين المعقوفين من م58.

2463 - في المطبوع أسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 (وم58 ويحيى66 إذا والشيخ120).

نص خليل وَبِسَدِّ كُوَّةٍ فُتِحَتْ أُرِيدَ سَدُّ خَلْفَهَا وَبِمَنْعِ دُخانٍ كَحَمَّامٍ وَرَائِحَةٍ كَدِبَاغٍ.

متن الحطاب كان يوضع فيه فرش النبي صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف. ثم قال: وفي إقليد التقليد لابن أبي جمرة إن اتخاذ العلماء المساطب والمنابر في المسجد جائز للتعليم والتذكير وهم أحق بذلك، وما في جوامع مصر من ذلك ولم ينكره أهل/ العلم دليل على ذلك، وأما موضع لطلب الأجرة كالمعلمين فلا يكونون أحق بذلك بل ينبغي إزالتها، وكذلك إن وضع للعالم في موضع حصير فهو أحق بذلك وإن تأخر حتى سبقه غيره ويراعى في ذلك حق من يقصد العلماء فيجدهم في مكانهم. انتهى. والله أعلم.

160

ص: **وبسد كوة فتحت أريد سدها خلفها** ش: قال أبو الحسن: الكوة بفتح الكاف وضمها، والفتح أشهر، وهي عبارة عن الطاق. انتهى. ونحوه في الصحاح، وعلى الفتح فجمعها كوى بكسر الكاف والقصر، وكواء بالمد، وعلى الضم فجمعها كوى بالضم والقصر، والمعنى أن من فتح كوة على جاره فلما قام عليه أراد أن يسد خلفها بشيء فإنه لا يكتفي بذلك بل لا بد من سدها، وفهم من قوله: "فتحت" أنها محدثة وهو كذلك، أما لو كانت قديمة فإنه لا يقضي بسدها على المشهور. قال في كتاب تضمين الصناع من المدونة: ومن فتح في جداره كوة أو بابا يضر بجاره في الشرف عليه منه منع فأما كوة قديمة أو باب قديم لا منفعة له فيه وفيه مضرة على جاره فلا يمنع منه. قال ابن يونس في حريم البئر: وقد رأيت بعض فقهائنا يفتي ويستحسن أن له أن يمنعه من التكشف وإن كانت قديمة، وإن رضيا بذلك لم يتركا لأنهما رضيا بما لا يحل لهما وهو خلاف المنصوص والصواب أن يجبر المحدث أن يستر على نفسه. انتهى. يعني المحدث للبنيان.

قال أبو الحسن: والقدم الذي أراد إنما هو طول المدة وليس أنه أقدم من بناء جاره. انتهى. ومن حريم البئر، وقال في تضمين الصناع والقدم إما سكوت هذا الثاني أو كان متقدما على بنائه وسكوته مدة حيازة الضرر فيكون مذهبه على هذا أن الضرر يحاز. انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة: سمعت شيخنا أبا مهدي يحكي عن ابن عرفة أنه أفتى بأن الكوة القديمة تسد. قال: لأن المحكوم عليه كان سيء الحال. انتهى. ولعل ابن عرفة إنما أفتى بذلك لكون الجار كان سيىء الحال، وإلا فمذهب المدونة أنه لا يقضي بالسد وإن كان فيه ضرر على الجار، وقال ابن يونس: وهو المنصوص، وقال ابن فرحون في تبصرته إنه المشهور، وقوى ابن عبد النور في الحاوي القول بسدها.

تنبيه: قال ابن فرحون في وثائق ابن الهندي: إذا كان للرجل كوة قديمة يشرف منها على جاره فلا قيام للجار فيها، ويجب في التحفظ بالدين أن يتطوع بغلقها من جهة الاطلاع على العورات، وأن يكون التحفظ بالدين أوكد من حكم السلطان. انتهى.

تنبيه: أطلق المصنف رحمه الله القضاء بسد الكوة وهو مقيد بما إذا كانت قريبة يمكن الاطلاع منها. قال في إحياء الموات من المدونة: ومن رفع بناءه ففتح كوة يشرف منها على جاره منع، وكتب عمر في هذا أن يوقف على سرير فإن نظر إلى ما في دار جاره منع، وإلا لم يمنع، وقال مالك يمنع من ذلك ما فيه ضرر، وأما ما لا ينال منه النظر إليه فلا يمنع. قال في التنبيهات: المراد بالسرير السرير المعلوم ومثله الكرسي وشبهه لما قال بعضهم إنه السلم؛ لأن في وضع السلم إيذاء والصعود عليه تكلفا لا يفعل إلا لأمر مهم وليس يسهل صعوده لكل أحد، وقال ابن أبي زمنين: السرير فرش الغرفة، وكذا سمعت

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب بعض مشايخنا يفسره، وما ذكرناه أولى لقوله: يوضع وراءها؛ لأن الغرفة لا تسمى غرفة إلا إذا كانت بفرش قال أبو الحسن: ففهم عياض أنه أراد أرض الغرفة وهذا بعيد، ولعله أراد الفرش المعلوم عند الناس، وانظر هل يؤخذ من فعل عمر وكتابه إجازة رفع البنيان.انتهى. ثم قال في التنبيهات: ومعنى قوله: "فإن نظر إلى ما في دار جاره منع" معناه إذا اطلع من هذه الكوة واستبان منها من دار الآخر الوجوه فإن لم تستبن الوجوه لم يكن ذلك الاطلاع ضررا. انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: قال مالك يمنع من ذلك ما فيه ضرر يعني الاطلاع من غير تقييد بسرير ولا غيره. انتهى.

161 فرع: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "فلا يفعل ما يضر بجاره من فتح كوة قريبة/ يكشف جاره منها" ظاهر كلام الشيخ وإن كان يشرف منها على بستان جاره فإنه يمنع، وهو أحد [نقلي[2464]] ابن الحاج في نوازله قال: ولا خلاف أن له أن يطلع على المزارع. انتهى. وقال ابن عرفة: في نوازل ابن الحاج لا خلاف في منع الاطلاع على الدور، وأما الفدادين والمزارع فلا خلاف في إباحة البناء الذي يطلع منه عليها، والجنانات مختلف فيها أخبرت به عن ابن الطلاع والكروم القريبة كالجنانات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم إليها. انتهى. والله أعلم.

فرع: قال المشذالي: [ما[2465]] سد بالحكم أزيلت شواهده فليقلع عتبة الباب لأنها إن تركت وطال الزمان ونسي الأمر كانت حجة للمحدث ويقول إنما أغلقته لأعيده متى شئت، وقال بعده: وحكى ابن رشد في كيفية قطع ضرر الاطلاع قولين: أحدهما وجوب الحكم بسده وإزالة أثره خوف دعوى قدمه لسماع أشهب. الثاني عدم وجوب سده والاكتفاء بجعل أمام ذلك ما يستره. قاله ابن الماجشون. انتهى. وقال المتيطي في مسائل الضرر إن الباب إذا حكم بسده أزيلت أعتابه وعضائده حتى لا يبقى له أثر كذلك روي عن سحنون.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: من أحدث على غيره ضررا من اطلاع أو خروج ماء مرحاض قرب جداره أو غير ذلك من الإحداثات المضرة، وعلم بذلك ولم ينكره، ولا عارض فيه عشرة أعوام ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام به فلا قيام له بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق، وهذا مذهب ابن القاسم. قاله ابن الهندي وابن العطار، وقال أصبغ لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد سكوت عشرين سنة ونحوها، وبالأول القضاء، وقال ابن رشد في البيان في آخر نوازل أصبغ من جامع البيوع: اختلف في حيازة الضرر المحدث؟ فقيل إنه لا يحاز أصلا، وإلى هذا ذهب ابن حبيب، وقيل إنه يحاز بما تحاز به الأملاك العشرة الأعوام ونحوها، وهو قول أصبغ، وروي عنه أيضا لا يحاز إلا بالعشرين سنة ونحوها، وكان ابن زرب يستحسن في ذلك خمسة عشر عاما، وروي ذلك عن ابن الماجشون، وقال سحنون في كتاب ابنه إنه يحاز بالأربع سنين والخمس؛ لأن الجار قد يتغافل عن جاره فيما هو أقل من ذلك السنة والسنتين، وقيل إن كان ضرره على حد واحد فهو الذي يحاز بالسكوت عليه،وما كان

الحديث ....

[2464] *- في المطبوع نقل وما بين المعقوفين من م58 وسيد28 ويحيى68 والشيخ122.

[2465] *- في المطبوع والشيخ122 فيما وما بين المعقوفين من م58 وسيد29 ويحيى68.

نص خليل ....

متن الحطاب يتزايد كالمطمورة إلى جنب الحائط وشبه ذلك فلا حيازة فيه. وبالله التوفيق. انتهى. ونقله ابن عرفة وجعل كلامه متضمنا لستة أقوال. ثم قال بعده: قلت: هذا يعني القول الأخير الذي يفصل بين ما يتزايد وما لا يتزايد. عزاه ابن سهل لنقل ابن أبي زمنين عن فتوى يحيى بن إبراهيم بن مزين ومثل لما لا يزيد بفتح الأبواب والكوى وما يزيد كالكنف، وسابعها أي الأقوال مطلق ما زاد على عشرة، وثامنها مطلق ما زاد على عشرين لمفهوم نقل ابن سهل عن ابن لبابة قوله [العشر سنين[2466]] قليل، ونقله عنه سمعت بعض شيوخنا المفتين يقول لا يستحق الضرر بالعشرين سنة إلا بما زاد وذكر ابن سهل الفتوى بالثاني لعبد الله بن يحيى وابن لبابة وأيوب بن سليمان وابن الوليد قال والقول الآخر لأصبغ في آخر كتاب الاستحقاق فيمن أحدث كوة أو بابا على دار غيره أو [أندرا[2467]] على جنانه أو ميازيب على حائطه وهو ينظر ولا ينكر لا يستحق هذا بعشرين سنة بعد أن يحلف أنه ما كان عن رضا ولا تسليم إلا أن يطول بالدهور الكثيرة جدا فيستحقه قلت: والأظهر [عده تاسعا.[2468]] انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في آخر تبصرته في الفصل الثالث عشر في القضاء بنفي الضرر إذا أحدث الرجل من البنيان ما يجب عليه القيام فيه بالضرر فقام جاره عليه بالقرب من الفراغ من البنيان فعليه اليمين أن سكوته حتى كمل البنيان لم يكن عن إسقاط حقه الواجب له في ذلك من القيام بقطع الضرر. انتهى.

162 ففهم من ترتب اليمين عليه إذا قام بقرب/ الفراغ من الإحداث ترتبها من باب أولى إذا قام به بعد طول وقلنا إن له القيام به ولو طالت المدة.

وقد تقدم في الفرع الذي قبل هذا في كلام ابن عرفة عن أصبغ أنه إنما يستحق القيام بالضرر بعد العشرين سنة حتى يحلف أنه ما كان سكوته عن رضا ولا تسليم. اهـ. وما ذكره ابن فرحون في الحلف بالقيام بالقرب نص عليه في العتبية في أثناء نوازل أصبغ من جامع البيوع، ونصه: فإذا قام بذلك بعد سنة أو سنتين كما ذكرت فلا أرى ذلك يلزمه أي الضرر المحدث ولا يوجب عليه بعد أن يحلف بالله ما كان سكوته بذلك رضا للأبد ولا تسليما ثم يصرف عنه إذا حلف، إلا أن يطول زمان ذلك جدا فلا أرى له بعد ذلك دعوى ولا تبعة. انتهى.

فرع: من أحدث عليه ضرر في ملكه فباعه بعد علمه فهل ينتقل للمشتري ما كان للبائع أم لا أو يفرق بين أن يكون باعه بعد أن خاصم فللمشتري القيام، وإلا فلا؟ ثلاثة أقوال. انتهى من بهرام الكبير في شرح قوله في النكاح: "وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة إن لم يبعه"، وعزاه لابن الجلاب، وقال في التوضيح: ومن باع داره وقد أحدث عليه جاره مطلعا أو مجرى ماء أو غيره من الضرر فقال مطرف وابن الماجشون إن كان البائع لم يقم في ذلك حين باعها فلا قيام للمشتري، ولو كان قد قام يخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع فللمشتري أن يقوم ويحل محله، وفي أحكام ابن بطال: معناه أن الحاكم قضى به وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد، ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع لأنه بيع ما فيه خصومة، وهذا أصل مختلف فيه. انتهى. وعلى هذا القول اقتصر في الشامل فقال: وحل مبتاع محل

الحديث ....

2466 - في المطبوع العشرين وما بين المعقوفين من ن ذي ص161 ويحيى68.

2467 *- في المطبوع أندر وما بين المعقوفين من م59.

2468 - في المطبوع عنده تاسعها وما بين المعقوفين من ن ذي ص161 وم59 وسيد29 ويحيى68 والشيخ122.

نص خليل ....

متن الحطاب بائع خاصم وباع قبل الحكم لا قبل قيامه. انتهى. وقال في أواخر تبصرة ابن فرحون: الذي أفتى به ابن عتاب أنه إذا باع بعد علمه به أي بالإحداث فهو رضا منه، ولا كلام للمبتاع ولا له، وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، ثم ذكر بقية ما في التوضيح. ثم قال: قال في معين الحكام: وفي العتبية ما يدل على أن للمبتاع القيام، وفي المتيطية: وقال في مسائل حبيب بن نصر إن كان البائع لم يبين للمبتاع ذلك فهو عيب يوجب الرد إن كان من العيوب الموجبة للرد وليس للبائع القيام على محدث الضرر، وإن لم يطلع البائع على الضرر حتى باع ورد عليه بالعيب وجب للبائع القيام. قال المتيطي: ويتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن بيعه بعد العلم رضا بترك القيام، والثاني أنه ليس برضا وأن للمبتاع القيام بما كان للبائع القيام به، والثالث أنه ليس برضا من البائع ولا قيام من المشتري إلا أن له الرد على البائع بالعيب إن لم يعلم به، فإن رد عليه فللبائع القيام. انتهى.

وقال ابن رشد في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب الأقضية في مسألة من ترك أرضا براحا فاقتسمها الورثة ثم باعوها من غيرهم، فأقامت بيد المشتري نحوا من أربعين سنة أو أكثر، ثم إن بعضهم باع حظه من شخص وعليه في حظه مجرى ماء، فأراد المشتري أن يمنع من له مرور الماء في تلك الأرض [من أن[2469]] يمر به عليه فقال مالك: أرى أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قسموا عليه، فإن أتوا به حملهم عليه وإن لم يكن إلا ما هم عليه أقروا على ذلك، وما أرى شيئا الآن أمثل من أن يقروا على حالهم إذا لم يكن قسمهم معروفا.

قال ابن رشد: قوله: "أرى أن يدعوهم القاضي بأصل قسم ما قسموا عليه فإن أتوا به حملهم عليه" يريد إن كان في أصل ما اقتسموا عليه مرور الماء على البائع لزمه ولم يكن للمشتري في ذلك كلام، إلا أن يكون لم يعلم بذلك فيكون عيبا فيما اشترى، إن شاء أن يمسك وإن شاء أن يرد به وإن لم يكن في أصل ما اقتسموا عليه أن يمر الماء عليه لم يلزمه ذلك وكان للمشتري أن يمنع منه، فلم ير في هذه الرواية مرور الماء على البائع في أرضه أربعين سنة حيازة عليه، وهذا على القول بأن الضرر لا يحاز، ولم يجعل بيعه للأرض رضا منه بترك القيام على/ المار بمائه فيها وذلك خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في أن من أحدث عليه ضرر فلم يتكلم فيه حتى باع لزم المشتري، ولم يكن له فيه قيام وأحل المشتري محل البائع في القيام عليه بما كان للبائع أن يقوم به عليه؛ إذ قال إن القاضي ينظر له بما كان ينظر به للبائع بأن يدعو بأصل القسم فيحملهم عليه ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى لأنه إذا لم يجعل بيعه رضا بترك القيام فهو بمنزلة إذا باع ولم يعلم بما أحدث عليه أو باع بعد أن علم في حال الخصام قبل أن يقضى له وقد قال في كتاب النكاح الأول من المدونة في الذي يتزوج عبده بغير إذنه فيبيعه قبل أن يعلم أن المشتري بالخيار بين أن يمسك أو يرد فلا يكون له من الخيار في التفرقة ما كان للبائع وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أنه إذا باع في حال الطلب والخصام قبل أن يتم له القضاء أن المشتري يتنزل منزلة البائع ويكون له من الطلب ما كان له، [فما في[2470]] كتاب النكاح الأول معارض لهذه الرواية ولما في الواضحة، ويتحصل في هذه المسألة ثلاثة أقوال: أحدها أن

163

الحديث ....

[2469] - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 162 ويحيى69.

[2470] - في المطبوع فما كان في وما بين المعقوفين من م59 وسيد29 .

نص خليل وَأَنْدَرٍ قِبَلَ بَيْتٍ.

متن الحطاب [بيعه[2471]] بعد العلم [رضا[2472]] منه بترك القيام، والثاني أنه ليس برضا ويقوم المشتري بما كان للبائع أن يقوم به، والثالث أنه ليس برضا من البائع ولا قيام للمشتري، وإنما له الرد على البائع بالعيب إذا لم يعلم به فإن رد عليه كان للبائع القيام وكذلك إن باع السيد العبد الذي تزوج بغير إذنه بعد أن علم بتزوجه يدخل في ذلك الثلاثة الأقوال. انتهى. وقال ابن عرفة في حريم البئر الباجي: فمن باع داره وقد أحدث عليه مطلع أو مجرى ماء أو غيره من الضرر فقال الأخوان وأصبغ إن لم يقم حتى باع فلا شيء للمتشري، ولو كان خاصم فيه فلم يتم له الحكم فباع فللمشتري القيام، ويحل محله ابن زرقون في أحكام ابن بطال معناه أن الحاكم قضى به وأعذر وبقي التسجيل والإشهاد ولو بقي شيء من المدافع والحجج لم يجز البيع؛ لأنه بيع ما فيه خصومة، وهذا أصل فيه تنازع، وفيها: من أقام بينة غير قاطعة في أرض فلمن هي بيده بيعها.

وقال سحنون بيعها حينئذ غرر، وهذا إن كان البائع في المسألة الأولى قام على محدث الضرر، وإن باع قبل أن يعلم ذلك ففي صحة قيام المبتاع على المحدث، وتنزله منزلة البائع ويقوم قيامه، ثالثها إنما له الرد على البائع لحبيب عن سحنون، وتقدم قول الأخوين وقولها في العبد يتزوج بغير إذن سيده ثم يبيعه قبل أن يعلم إن لمشتريه رده بالعيب، فإن رده فلبائعه القيام به. كذا أخذته عمن أرضى من شيوخنا أنها ثلاثة أقوال، وتأملت قول الأخوين، وظاهره أن البائع باع بعد علمه بإحداث الضرر ولم يقم به، وهذا لا يختلف في سقوط القيام فيه فتأمله. ابن سهل: نزل أن رجلا فتح بابا في زقاق غير نافذ وسكت عنه أهل دوره نحو ثلاثة أعوام وباعوا دورهم فأراد مبتاعوها سد الباب المحدث، فأجاب ابن عتاب: لا كلام فيه للمبتاع، إنما الكلام فيه للبائعين، فإن لم يفعلوا حتى باعوا فهو رضا منهم، وقال أحمد بن رشيق فقيه المرية مثله، وقال ابن مالك: روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا قيام في ذلك، إلا أن يكون البائعون باعوا وقد خاصموا في ذلك وعلى أن ليس لهم ذلك يدل ما في النكاح الأول من المدونة. ابن سهل: يريد مسألة العبد يتزوج بغير إذن سيده، وفي سماع القرينين من الأقضية ما يدل على خلافه، وكذا في وثائق المعروف بالمكوى للمبتاع القيام على محدث الضرر كوكيل البائع على ذلك.

قلت: وما أشار إليه في سماع القرينين فيه سكوت ذي أرض على إحداث مرور ماء على أرضه أربعين عاما، ثم باع أرضه تلك لا يمنع القيام عليه فقال ابن رشد لم يلزمه ذلك، ونقل كلام ابن رشد المتقدم.

ثم قال: قلت: وزعم ابن زرقون أن بيعه بعد علمه بالإحداث مع عدم قيامه به يسقط القيام اتفاقا [يرد[2473]] بأنه إنما يصح هذا أن لو كان ضرر الإحداث يحاز بالعلم به/ مع السكوت عنه اتفاقا، 164

وليس الأمر كذلك لما قاله ابن رشد هنا، وفي نوازل أصبغ: والعجب من قول ابن زرقون هذا مع كثرة اعتماده على كلام ابن رشد.انتهى.

ص: **وأندر قبل بيت** ش: الأندر بفتح الدال المهملة كذا ضبطه في ضياء الحلوم، ولم أقف على غيره

الحديث

[2471] *- في المطبوع فبيعه وما بين المعقوفين من عدود ص163.

[2472] *- في المطبوع الرضا وما بين المعقوفين من عدود ص163.

[2473] *- في المطبوع والشيخ124 يريد وما بين المعقوفين من م60 ويحيى70 وسيد29.

نص خليل وَمُضِرٍّ بِجِدَارٍ وَاسْطَبْلٍ أَوْ حَانُوتٍ قُبَالَةَ بَابٍ وَبِقَطْعِ مَا أَضَرَّ مِنْ شَجَرَةٍ بِجِدَارٍ إِنْ تَجَدَّدَتْ وَإِلاَّ فَقَوْلَانِ.

متن الحطاب وقوله: "قبل بيت" لا مفهوم له، بل وكذلك إذا أحدث الأندر إلى جنب بيت وأضر به فإنه يمنع منه، وكذا إذا أضر بالجنان فإنه يمنع. نقله ابن فرحون وغيره. والله أعلم.

ص: **ومضر بجدار** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر في القضاء بنفي الضرر: قال ابن الهندي: وإن قام رجل على جاره في شيء يريد إحداثه وادعى أنه ضرر وأقام بينة تشهد بأن الذي يذهب إلى إحداثه يكون فيه ضرر على جاره من اطلاع وغيره فليس يمنع جاره من عمل ما يريد فإذا تم عمله وثبت الضرر هدم عليه إذا اختار ذلك ولم يكن عنده فيه مدفع. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإصطبل** ش: قال النووي: هو بكسر الهمزة، وهي همزة أصلية، فكل حروف الكلمة أصلية، وهو عجمي معرب؛ وهو بيت الخيل ونحوها، وكلام ابن غازي عليه حسن. والله أعلم.

ص: **وحانوت قبالة باب** ش: قال ابن غازي: هذا في غير النافذة لقوله في مقابله: "وباب بسكة نافذة" على أن ما هنا مستغنى عنه بمفهوم قوله: "آخرا إلا بابا إن نكب" لأنه في غير النافذة. انتهى.

قلت: كلام ابن غازي يقتضي التسوية بين الحانوت والباب، وهو الذي حكاه ابن رشد في كتاب السلطان، وأفتى به ابن عرفة. قال البرزلي في أول مسائل الضرر: وقع في الرواية التسوية بين الحانوت وباب الدار، وأن الخلاف فيهما واحد، وحكاه ابن رشد في كتاب السلطان من الشرح، ورأيت في التعليقة المنسوبة للمازري على المدونة عن السيوري وغيره من القرويين أن الحانوت أشد ضررا من الباب لكثرة ملازمة الجلوس فيه، وأنه يمنع بكل حال، ووقعت بتونس فأفتى شيخنا الإمام -يعني ابن عرفة- بالتسوية، والصواب ما قال بعض القرويين. انتهى.

165 ص: **وإلا فقولان** ش: أي وإن لم تكن الشجرة [متجددة[2474]] فقولان. نقل/ ابن عرفة في باب إحياء الموات عن ابن رشد أنه قال في سماع عبد الملك: الأظهر قطع ما [أضر مما[2475]] طال من أغصانها يعني وإن لم تكن الشجرة [متجددة[2476]] قال: واختاره ابن حبيب، ونص كلامه: وسمع عبد الملك ابن وهب من شكا شجرة بدار جاره لإشراف من يطلعها لاجتنائها على داره وخوف أن ينظروا إليه منها لم يكن له قطعها وله قطع ما دخل من أغصانها في أرضه. ابن رشد: له قطع ما طال من الحادثة فأضر حائطه أو دخل هواء حقه وقلعها إن أضرت حائطه، وإن كانت الشجرة قديمة قبل دار الجار فليس للجار قلعها ولو أضرت بجداره وفي قطعه ما أضر به مما طال من أغصانها قولا أصبغ مع مطرف وابن الماجشون؛ لأنه علم أن هذا يكون من حال الشجرة فقد حاز ذلك من حريمها، والأول أظهر، واختاره ابن حبيب. انتهى.

الحديث ....

[2474] *- في المطبوع متجردة وما بين المعقوفين من ن عدود ص164.

[2475] - في المطبوع أضرما وما بين المعقوفين من ن ذي ص165 وم60 والشيخ125.

[2476] *- في المطبوع متجردة وما بين المعقوفين من ن عدود ص164.

نص خليل لاَ مَانِعِ ضَوْءٍ وَشَمْسٍ وَرِيحٍ إلاَّ لأنْدَرِ وَعُلُوٍّ بِنَاءٍ وَصَوْتِ كَكَمْدٍ وَبَابٍ بِسِكَّةٍ نَّافِذَةٍ.

متن الحطاب ص: لا مانع ضوء [وشمس[2477]] وريح ش: هذا هو المشهور في الثلاثة، وأما إحداث ما ينقص الغلة فلا يمنع اتفاقا كإحداث فرن قرب فرن آخر، أو إحداث حمام قرب حمام آخر. قاله في معين الحكام وفي التبصرة.

166 ص: وباب بسكة [نفذت[2478]] ش: يعني أن/ من أراد أن يفتح لداره بابا في سكة نافذة فإن ذلك له ولا يمنع من ذلك، وظاهره ولو كان في مقابلة باب جاره، وسواء كانت السكة واسعة أو ضيقة، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله، والسكة بكسر السين المهملة الزقاق. قاله في الصحاح. والنافذة بالذال المعجمة هي التي يخرج منها من طرفيها، واحترز بقوله: "نفذت" عن السكة التي ليست بنافذة، وهي التي تكون منسدة من أحد الطرفين. قال ابن الحاجب: والطريق المنسدة الأسفل كالملك لأرباب دورها. قال ابن عبد السلام: إنما جعل الجانب المنسد من أسفلها وإن أمكن أن يكون أعلاها في المكان لأنه غاية تلك الطريق، فشبه أولها بالأعلى، وأقصاها بالأسفل لأنها كالوعاء لمن دخل فيها. انتهى.
فإذا كانت السكة غير نافذة فليس له أن يفتح فيها بابا بغير إذن أهل السكة، إلا إذا كان منكبا عن باب جاره المقابل له كما سيصرح بذلك المصنف في قوله: "إلا بابا إن نكب" وسيأتي الكلام عليه بعد ذكر كلام المدونة وكلام ابن رشد إن شاء الله. وما ذكره المصنف في المسألتين هو مذهب المدونة.
قال في آخر كتاب القسمة منها: وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة بابا يقابل باب جارك أو يقاربه ولا تحول بابا لك هنالك إذا منعك لأنه يقول الموضع الذي تريد أن تفتح فيه بابك لي فيه مرفق أفتح فيه بابي وأنا في سترة، ولا أدعك تفتح قبالة بابي أو قربه فتتخذ علي فيه المجالس وشبه هذا، فإذا كان هذا ضررا فلا يجوز أن تحدث على جارك ما يضره، وأما في السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت وتحول بابك حيث شئت منها. انتهى.
وقال ابن رشد في سماع عبد الملك الملقب بزونان من كتاب السلطان بعد أن ذكر الخلاف في المسألتين: فيتحصل في فتح الباب وتحويله عن موضعه في الزقاق الذي ليس بنافذ ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يجوز بحال إلا بإذن جميع أهل الزقاق، وهو الذي ذهب إليه ابن زرب قياسا على مسألة المدونة في الدار الكبيرة، وبه جرى العمل بقرطبة، والثاني أن ذلك له فيما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه فقطع به مرفقا عنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول ابن وهب هاهنا، والثالث أن له تحويل بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه بابا لم يكن قبل بحال، وهو دليل قول أشهب هاهنا، ويتحصل في فتح الرجل بابا أو حانوتا في مقابلة باب جاره في الزقاق النافذ ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك له جملة من غير تفصيل، وهو قول ابن القاسم في المدونة وقول أشهب هاهنا، والثاني أن ذلك ليس له جملة من غير تفصيل إلا أن ينكب، وهو قول سحنون ورواه عنه ابنه محمد وابن حبيب، والثالث أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة،وهو قول ابن

الحديث ....

[2477] *- في المطبوع شمس وما بين المعقوفين من ن عدود ص165.

[2478] *- في المطبوع والنسخ نفذة وفي مطبوعة المواق نافذة وهي التي أصلح عليها عدود وصوبها الشيخ محمد سالم بما بين المعقوفين (نفذت).

نص خليل ....

متن الحطاب

وهب هاهنا، والسكة الواسعة ما كان فيها سبعة أذرع فأكثر لما جاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الطريق الميتاء سبعة أذرع[1]} وقع ذلك في مسند ابن أبي شيبة من رواية ابن عباس، فوجب أن يكون ذلك حد سعة الطريق. انتهى. ونقله الشيخ أبو الحسن في شرح كلام المدونة السابق وقال فيه: إلا بإذن جميع أهل الزنقة. وهذه اللفظة يستعملها المغاربة بمعنى الزقاق وليست في كلام ابن رشد. وقال في الصحاح: الزنقة السكة الضيقة. انتهى. والقول الذي عزاه لابن زرب في السكة [غير[2479]] النافذة عزاه أبو إسحاق لابن القاسم في كتاب البنيان لسحنون، ونصه: قال في كتاب البنيان: قال ابن القاسم: ليس لك في زقاق غير نافذ أن تفتح بابا أو تقدمه. ثم قال: وقال سحنون: لا تفتح في غير النافذة شيئا بحال إلا أن يرضى الجماعة.

تنبيهات: الأول: تقدم أن ظاهر كلام المصنف أن له أن يفتح الباب في السكة النافذة ولو كان في مقابلة باب جاره، وسواء كانت السكة واسعة أو ضيقة، وهذا ظاهر كلام المدونة السابق، وصرح ابن رشد بأن ذلك قول ابن القاسم في المدونة، فإنه عزا القول بالتفصيل بين الواسعة والضيقة لابن وهب كما/ تقدم في كلامه. وقال قبله إن قول ابن وهب يخالف قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في آخر كتاب القسمة إذ لم يشترط في المدونة سعة السكة، وعلى كلام ابن رشد اعتمد المصنف وصاحب الشامل فقال في الأمور التي لا يمنع منها: ولا من باب بسكة نافذة وإن ضاقت عن سبعة أذرع على الأصح، وثالثها إن نكب عن باب جاره وإلا فلا. انتهى. إلا أنه قد يتبادر من كلام صاحب الشامل أن مقابل الأصح أنه يمنع من فتح الباب في السكة النافذة ولو كانت أكثر من سبعة أذرع وليس كذلك فتأمله.

167

وأما المتيطي فجعل قول ابن وهب في العتبية مقيدا لما في المدونة فقال: وأما فتح الأبواب في المحاج النافذة فروى ابن القاسم عن مالك قولا مجملا أن ذلك مباح لمن شاء، ويؤمر أن ينكب قليلا عن مقابلة باب دار جاره إلا أن تكون السكة واسعة جدا حتى لا يرى من الباب المفتوح إلا ما يرى من سلك الطريق فله أن يفتحه كيف شاء. وقال قبله: من فتح بابا في سكة نافذة فمنعه جاره، وزعم أن في ذلك ضررا على [داره،[2480]] وشهدت البينة بأن الزقاق ضيق، وأن من في أسطوان أحدهما ينظر من في أسطوان الآخر فإنه يحكم بغلق الباب المحدث، وكلام ابن رشد السابق يقتضي أن مذهب المدونة أنه لا يمنع من فتح الباب في الزقاق النافذ ولو كان من في أسطوان إحداهما ينظر من [في أسطوان الأخرى،[2481]] وجواب ابن رشد في نوازله يقتضي أنه راعى ما في العتبية، فإنه ذكر في مسائل الدعوى والخصومات من نوازله أنه سئل عن رجلين متجاورين بينهما زقاق نافذ، فأحدث أحدهما في داره بابا أو حانوتين يقابل ذلك باب جاره ولا يكاد يدخل أحد من أهل داره ولا يخرج إلا على نظر من الذين يجلسون في الحانوتين المذكورين لعمل صناعتهم وذلك ضرر بين لصاحب الدار وعياله؟ فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فيؤمر أن ينكب بابه وحانوتيه عن مقابلة باب جاره،

الحديث

1 – عن أبي ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم للجار أن يضع خشبة على جدار جاره وإن كره والطريق الميتاء سبع أذرع ولا ضرر ولا إضرار، سنن الدارقطني، ج4 ص228، دار المحاسن 1966. ولفظ ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع أذرع، مصنف ابن أبي شيبة، ج5 ص365.

2479 *– في المطبوع الغير وما بين المعقوفين من يحيى72.

2480 – في المطبوع جاره وما بين المعقوفين من ن ذي ص167 وم61 ويحيى72 والشيخ127.

2481 – في المطبوع اسطوان في الأخرى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 167 وم61 ويحيى72 والشيخ127.

نص خليل ....

متن الحطاب فإن لم يقدر على ذلك ولا وجد إليه سبيلا ترك ولم يحكم عليه بغلقها. انتهى. فدل كلامه على أنه لو وجد سبيلا لتنكيب الباب والحانوتين عن باب جاره حكم عليه بذلك إذا ثبت أن على جاره في ذلك ضررا، فيتحصل من كلامه أنه إذا لم يكن على جاره في ذلك ضرر فله أن يفتح الباب والحانوت قبالة باب جاره، وأما إذا كان على جاره في ذلك ضرر فإن لم يمكنه التنكيب لم يحكم عليه، وإن أمكنه ذلك حكم عليه به فتأمله. والأسطوان بضم الهمزة وبعدها سين مهملة ساكنة هو الدهليز بكسر الدال المهملة، ورأيته في المتيطية بالصاد المهملة؛ فلعل ذلك لغة فيه.

الثاني: قول المصنف في السكة التي ليست بنافذة: "إلا بابا إن نكب" يقتضي أنه إذا كان الباب الذي يفتحه منكبا عن باب جاره الذي يقابله جاز فتحه، ولو كان ذلك بقرب باب دار جاره الملاصق له بحيث إنه يضيق عليه فيما بينه وبين بابه ويقطع ارتفاقه بذلك وليس كذلك لما تقدم في كلام المدونة وكلام ابن رشد، فلو قال المصنف إلا بابا إن نكب ولم يضر بجار ملاصق لوفى بما في المدونة وبما في كلام ابن رشد.

الثالث: يدخل في كلام المصنف من له حائط في سكة غير نافذة وليس له فيها باب، وأراد أن يفتح في حائطه بابا فله ذلك إن كان منكبا عن باب جاره المقابل ولم يقرب من باب جاره الملاصق له، لكن قيد ذلك في الشامل بما إذا كان قصده الارتفاق بذلك، وأما إن جعل ذلك طريقا يدخل الناس من باب داره ويخرجون من هذا الباب المحدث فليس له ذلك وهو ظاهر، ولم أر من صرح به، ولكنه يؤخذ من مسألة المدونة الآتية، ونص ما في الشامل: وغير النافذة كالملك لجميعهم فبالإذن إلا بابا إن نكب على الأصح، وثالثها إن سد بابه الأول ونكب، وإلا فلا ولا من فتح بابا آخر بظهر داره ليرتفق به إلا أن يجعله طريقا. انتهى.

الرابع: لم يذكر المصنف ولا غيره قدر ما ينكب الباب عن باب جاره في السكة الغير النافذة، لكن قد تقدم في كلام/ ابن رشد عن سحنون أنه ليس له أن يفتح بابا في السكة النافذة إلا أن ينكبه، ونقله أبو إسحاق التونسي في كتاب القسمة. ثم قال: قيل له ينكبه قدر ذراع أو ذراعين؟ قال: قدر ما يرى أنه يزال به الضرر عن الذي قبالته. انتهى. ونقله ابن يونس وابن بطال في مقنعه، ومثله يقال هنا. والله أعلم. 168

الخامس: قال البرزلي في مسائل الضرر ناقلا عن نوازل ابن الحاج: إن من كان له حائط [مصمت[2482]] في سكة فكان ابن العطار يقول: ليس له منع من أراد فتح باب في السكة حذاء حائطه، وكان ابن عتاب يقول له منعه كما لو كان له باب. البرزلي: قلت: [هذا يجري[2483]] على الحق في الفناء هل يختص بمنفعته فيكون له حق في الزقاق، أو لا فلا يكون له حق؟. انتهى.

قلت: سيأتي في كلام الشيخ أبي الحسن أن لكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من أن يفتح بقرب جداره؛ لأنه يقول أنا أريد أن أفتح أيضا في جداري فلا تقرب مني حتى تضيق علي، فإما أن يفتحا جميعا أو يمنعا جميعا. والله أعلم.

الحديث ....

2482 - في المطبوع مصمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 168 وم61 ويحيى73 والشيخ127.

2483 - في المطبوع هذا الذي يجري وما بين المعقوفين من م61 ويحيى.

نص خليل ....

متن الحطاب

السادس: قال ابن عرفة في إحياء الموات لما تكلم على السكة التي ليست بنافذة، ونقل كلام ابن رشد السابق ما نصه: ولم يحك المتيطي إلا منع إحداث الباب، أو تحويل القديم لقرب باب جداره بحيث يضره ذلك. ثم قال: ولو حوله على بعد لم يكن له عليه قيام لأنه لم يزدهم شيئا على ما كان عليه. انتهى.

قلت: ما ذكره عن المتيطي هو في آخر كلامه، وكرر الكلام فيه قبل ذلك، وذكر أن ذلك هو الذي به القضاء. ثم قال: قال الباجي: وفي ذلك اختلاف، ثم كتب في هامش النسخة، وفي آخر كتاب القسمة من المدونة لابن القاسم أنه راعى الضرر في ذلك وكتب عليه أصل. والله أعلم.

السابع: تقدم أن ظاهر قول المصنف: "إلا بابا إن نكب" أنه لا فرق في ذلك بين السكة الطويلة والقصيرة، وقال أبو الحسن: قوله في المدونة في السكة غير النافذة ظاهره طويلة كانت أو قصيرة، والتفريق بين النافذة وغير النافذة إنما هو بعذر كثرة المرور، فإذا كانت السكة طويلة كانت كالنافذة. سئل الشيخ -يعني نفسه- عمن له في أقصى هذه السكة غير النافذة قاعة هل له أن يكريها ممن يبنيها، أو لأهل السكة منعه؟ فقال: ليس لهم منعه، كما له هو أن يبني فيها ويسكن معه من شاء. انتهى. وما ذكره لم أر من وافقه عليه، وهو مخالف لما سيأتي في التنبيه الخامس عشر عن ابن يونس وابن بطال.

الثامن: قال أبو الحسن أيضا: قوله في المدونة: لأنه يقول الموضع الذي تفتح فيه بابك لي فيه مرفق وأفتح فيه بابي وأنا في سترة. الشيخ: معنى ذلك أن الباب كان هناك مفتوحا لا أنه أراد إنشاء الباب، وكأنه يقول أحل فيه بابي وأنا في سترة، وأما لو أراد الإنشاء لكان للآخر أن يحتج عليه بهذه الحجة فلا يكون أحدهما أولى من الآخر فإما أن يمنعا جميعا أو يفتحا جميعا. انتهى. وقوله: أحل فيه بابي هذا اللفظ يستعمله المغاربة بمعنى أفتح بابي [المغلق.[2484]]

التاسع: قال ابن عرفة في إحياء الموات: ولما ذكر المتيطي الحديث السابق في تحديد الطريق. قال: الميتاء الواسعة. انتهى.

قلت: ولم أقف على ما ذكره عن المتيطية، بل رأيت في هامش نسخة منها تأمل الميتاء ما هي، وتفسير الميتاء بالواسعة قول ذكره في فتح الباري وغيره، ولكنه خلاف المشهور عند أهل اللغة وأهل غريب الحديث. قال في الصحاح في فصل الهمزة من باب المعتل: والميتاء الطريق العامرة، ومجتمع الطريق أيضا ميتاء [وميداء.[2485]] انتهى. وقال المطرزي في المقرب: وطريق ميتاء تأتيه الناس كثيرا، وهو مفعال من الإتيان، ونظيره دار محلال [للتي[2486]] تحل كثيرا. اهـ. وقال في النهاية في باب الميم مع التاء: وفي حديث اللقطة ما وجدت في طريق ميتاء فعرفه سنة؛ أي طريق مسلوك، وهو مفعال من الإتيان، والميم زائدة وبابه الهمزة. انتهى. يعني أنه إنما ذكره في باب الميم تسهيلا على الطالب على

الحديث

النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، ج1 ص22 وفي أبي داود ما كان منها في طريق الميتاء أو القرية الجامعة فعرفها سنة فإن جاء طالبها فادفعها إليه وإن لم يأت فهي لك...سنن أبي داود، ج8 ص136، رقم الحديث1710.

[2484] *- في المطبوع ويحيى73 وم61 وسيد30 المغلوق وما بين المعقوفين من الشيخ128.

[2485] *- في المطبوع وسيراء وما بين المعقوفين من سيد30 والشيخ128.

[2486] *- في المطبوع وسيد30 والشيخ128 التي وما بين المعقوفين من يحيى73 وم61.

نص خليل ....

متن الحطاب 169

عادته، وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات في باب الميم: وفي الحديث طريق ميتاء بكسر الميم وبعدها همزة/ وبالمد وتسهل، فيقال ميتاء بياء ساكنة كما في نظائره. قال صاحب المطالع: معناه كثير السلوك عليه مفعال من الإتيان. انتهى. وقال في فتح الباري في كتاب المظالم: الميتاء بكسر الميم وسكون التحتانية [بعدها مثناة[2487]] ومد بوزن مفعال من الإتيان والميم زائدة. قال أبو عمرو الشيباني: الميتاء أعظم الطرق، وهي التي يكثر مرور الناس بها، وقال غيره هي الطريق الواسعة، وقيل العامرة. انتهى. وما ذكره من التشديد سهو يرده قوله بوزن مفعال، ولم يذكره أحد غيره، ورأيته في البيان والمتيطية ومختصر ابن عرفة بالثاء المثلثة وليس بظاهر. قال في الصحاح في فصل الميم من باب [الثاء[2488]]: الميثاء الأرض السهلة، والجمع ميث مثل هيفاء وهيف. انتهى. ونحوه في القاموس، وليس ذلك مرادا هنا.

العاشر: قال في المتيطية: قال أحمد بن سعيد الهندي وغيره من الموثقين: وإنما يشهد على ضيق الطريق مجملا دون تحديد [بذرع[2489]] [من يعرف[2490]] ما حده أهل العلم من الضيق والسعة، وأما أن يشهدوا فيه على الجملة وهم من غير أهل العلم فلا تعمل شهادتهم شيئا ولا يجب أن يقضى بها، وروى في سعة الطريق سبعة أذرع وما نقص منها فهي ضيقة، ويدل عليه ما في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {الطريق الميتاء سبعة أذرع[1]}. قال ابن الهندي: وقد حضرت الفتيا بذلك، وذكر أبو محمد في نوادره أنه اختلف في ذلك فقيل الواسعة ثمانية أشبار، وقيل سبعة. انتهى. وقال أبو الحسن الصغير: قال ابن أبي [حمراء[2491]] في وثائقه: الزقاق الواسعة سبعة أذرع فأكثر، والضيق ما دون ذلك. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام ابن الهندي الأخير؛ أعني قوله: "وقد حضرت الفتيا بذلك"، وذكر كلام الشيخ أبي محمد. ثم قال بعده: حديث سبعة أذرع إنما ذكره عبد الحق من مصنف عبد الرزاق، وقال: في سنده جابر الجعفي ولم يزد. وقال المزي في [كتاب[2492]] رجال الكتب الستة: هو من أكبر علماء الشيعة وثقه شعبة وتركه جماعة وروى عنه شعبة والسفيانان. انتهى.

قلت: قال شيخ شيوخنا الحافظ ابن حجر في تقريبه: جابر بن يزيد بن الحرث الجعفي أبو عبد الله الكوفي ضعيف رافضي من الخامسة، مات سنة سبع وعشرين ومائة، وقيل سنة اثنين وثلاثين، أخرج له أبو داود والترمذي وابن ماجة، وفي صحيح البخاري في كتاب المظالم إذا اختلفوا في الطريق الميتاء وهي الرحبة تكون بين الطريقين، ثم يريد أهلها البنيان فيترك منها للطريق سبعة أذرع[2].

قال في فتح الباري: هو مصير منه –يعني من البخاري– إلى اختصاص الحكم بالصورة التي ذكرها، وقد وافقه الطحاوي على ذلك فقال: لم نجد لهذا الحديث معنى أولى من حمله على الطريق التي يراد ابتداؤها إذا اختلف من يريد ابتداءها في قدرها كبلد يفتحه المسلمون وليس فيها طريق مسلوك، وكموات يقطعه

الحديث

[1] – قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع، البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2473.

[2] – قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع، البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2473.

[2487] – في المطبوع بعد مثناة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في فتح الباري ج5 ص100.

[2488] – في المطبوع التاء وما بين المعقوفين من سيد30 وم62.

[2489] *– في المطبوع يذرع وما بين المعقوفين من م62 ويحيى73.

[2490] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 169 وم62 ويحيى73 والشيخ129.

[2491] *– م خمرا وسيد جمرة والشيخ جمر ويحيى جمرا.

[2492] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 169 وم62 والشيخ129.

نص خليل ....

متن الحطاب الإمام لمن يحييه إذا أراد أن يجعل فيها طريقا للمارة، وقال غيره مراد الحديث أن أهل الطريق إذا تراضوا على شيء كان ذلك لهم، وإن اختلفوا جعل سبعة أذرع. انتهى. ثم ذكر البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق سبعة أذرع[1]. قال في فتح الباري: قوله تشاجروا تفاعلوا من المشاجرة بالمعجمة والجيم أي تنازعوا، وللإسماعيلي إذا اختلف الناس في الطريق، ولمسلم إذا اختلفتم[2]، وأخرجه أبو عوانة في صحيحه وأبو داود[3] والترمذي[4] وابن ماجه بلفظ: {إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع[5]} وزاد المستملي في روايته الميتاء ولم يتابع عليه، وليست محفوظة في حديث أبي هريرة، وإنما ذكرها المؤلف -يعني البخاري- في الترجمة مشيرا بها إلى ما ورد في بعض طرق الحديث كعادته وذلك فيما أخرجه عبد الرزاق عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: {إذا اختلفتم في الطريق الميتاء فاجعلوها سبعة أذرع}

170 وروى عبد الله بن [أحمد[2493]] في زيادات المسند والطبري من حديث عبادة بن الصامت قضى/ رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطريق الميتاء فذكر في أثناء حديث طويل، ولابن عدي من حديث أنس قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأرض الميتاء التي تؤتى من كل مكان فذكره، وفي كل من الأسانيد الثلاثة مقال، وقوله: "سبعة أذرع" الذي يظهر أن المراد بالذراع قدر ذراع الآدمي فيعتبر ذلك بالمعتدل، وقيل ذراع البنيان المتعارف. انتهى. والمستملي أحد رواة البخاري.

قلت: قال ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الأقضية فى أثناء الكلام على مسألة الساباط: وإذا اختلف البانيان المتقابلان في الفحص فيما يجعل للطريق أو تشاحا، فأراد كل واحد منهما أن يقرب جداره من جدار صاحبه جعلا الطريق سبعة أذرع بالذراع المعروفة بذراع البنيان، فإذا بنى كل واحد منهما فيما بنى ميزابا للمطر على الطريق لم يمنع. انتهى.

الحادي عشر: تقدم في كلام بعضهم إثبات التاء في سبعة أذرع، وفي كلام بعضهم حذفها لأن الذراع يذكر ويؤنث. قال في الصحاح: ذراع اليد يذكر ويؤنث.

الثاني عشر: قال في المدونة: إذا كانت دار لرجلين ولأحدهما دار تلاصقها، فأراد أن يفتح في المشتركة بابا يدخل منه إلى داره فللشريك منعه لشركته معه في موضع الفتح، فإن قسما فقال اجعلوا نصيبي إلى جنب داري حتى أفتح فيها بابا لم يقبل منه، وقسمت الدار بالقيمة فحيث وقع سهمه أخذه وإن كان في الناحية الأخرى، وإن قسما هذه الدار فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره ففتح إلى النصيب من داره بابا وجعل يمر من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه أو سكن معه فذلك له إن أراد ارتفاقا، ولا يمنع إلا أن يجعل ذلك كسكة نافذة لمر الناس يدخلون من باب داره ويخرجون كالزقاق فليس ذلك له. انتهى.

قال أبو الحسن: قوله: فللشريك منعه لشركته معه في موضع الفتح مفهومه لو لم يكن معه فيه شريك لكان له أن يفتح. قال محمد: لو فتح في حائط نفسه ليدخل منه في دار الشركة لم أر به بأسا وكان ذلك له. انتهى. ونقل ابن يونس أيضا كلام محمد وقبله، وقال أبو إسحاق بعد أن ذكر كلام محمد: في هذا نظر؛ لأنه يحدث على دار الشركة بابا من داره فقد يطول

الحديث

[1] - سمعت أبا هريرة رضي الله عنه قال قضى النبي صلى الله عليه وسلم إذا تشاجروا في الطريق الميتاء بسبعة أذرع، البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2473.

[2] - إذا اختلفتم في الطريق جعل عرضه سبعة أذرع، مسلم، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1613.

3- إذا تدارأتم في طريق فاجعلوه سبعة أذرع، أبو داوود، كتاب الأقضية، رقم الحديث 3633.

4- إذا تشاجرتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع، الترمذي، كتاب الاحكام، رقم الحديث 1356.

5- إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع، ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 2339، مسند أحمد، ج1 ص317.

[2493] - في المطبوع محمد وما بين المعقوفين من من فتح الباري، ج6 ص100. ط. دار الكتب العلمية.

نص خليل ....

متن الحطاب الأمر فيظن أن فتح الباب حق على دار الشركة وذلك يحط من ثمنها إذا كان عليها حق فتح باب من دار أخرى. انتهى.

قلت: ما قاله أبو إسحاق ظاهر لا شك فيه، والظاهر إبقاء كلام المدونة على إطلاقه، وأنه ليس له أن يفتح بابا لشركته معه في موضع الفتح من الأرض ولو كان الجدار له فتأمله. والله أعلم. ثم قال أبو الحسن: قوله: وقسمت الدار بالقيمة فحيث وقع سهمه أخذه. زاد ابن يونس: فإن وقع بجنب داره فتح فيه بابا إن شاء. ثم قال أبو الحسن: قوله فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق داره فذلك له إن أراد ارتفاقا. قال أبو إسحاق: ما لم يغلق باب الدار الأخرى فلا يكون له ذلك. انتهى.

قلت: لفظ أبي إسحاق إنما أراد به إذا أحدث بابا يخرج منه إلى باب داره فقد خفف عن صاحب النصيب الآخر بعض المرور؛ لأنه قد كان له سكنى النصيب الذي صار له بالقسمة بأهله، ثم يمر منه على نصيب صاحبه فصار يمر عليه تارة، وتارة يخرج من باب داره فذلك أخف على صاحبه، وأما لو عطل الخروج من باب داره وجعل عياله وحشمه الذين في الدارين جميعا يمرون من هذا الباب الذي على شريكه لكان لشريكه في ذلك متكلم؛ لأن ضرر عيال دار واحدة ليس مثل ضرر دارين إذا قطع الممر من باب داره ويصير شبيها بما منع منه من السكة النافذة. انتهى. وما قاله ظاهر.

الثالث عشر: فيمن في أرضه طريق فأراد أن يحولها إلى موضع منها أرفق به وبأهل الطريق فليس له ذلك. قال في الواضحة في كتاب القضاء في ترجمة القضاء في الطريق يشق أرض رجل: سئل ابن القاسم عن رجل يكون له الأرض البيضاء والطريق يشقها فأراد أن يحول الطريق عن موضعه إلى موضع آخر من أرضه هو أرفق به وبأهل الطريق، فقال: ليس/ ذلك له ولا لأحد أن يحول طريقا عن موضعها إلى ما هو دونها ولا إلى ما فوقها وإن كان مثل الطريق الأول في السهولة وأسهل منه وإن أضر ذلك به؛ لأنه على ذلك اشترى أو ورث أو وهب له، وإن رضي له بذلك من جاوره من أهل القرى إذا كان ذلك طريق عامة؛ لأن ذلك حق لجميع المسلمين فلا يجوز فيه إذن بعضهم إلا أن يكون ذلك طريق قوم بأعيانهم فيأذنون له فيجوز ذلك، وقال لي ابن الماجشون: أرى أن يرفع أمر تلك الطريق إلى الإمام فيكشف عن حالها، فإن رأى تحويلها عن حالها منفعة للعامة ولمن جاورها وحولها في مثل سهولتها أو أسهل وفي مثل قربها أو أقرب فأرى أن يأذن له بذلك، وإن رأى في ذلك مضرة بأحد ممن جاورها أو بأبناء السبيل وعامة المسلمين منعه من ذلك، وإن هو فعل ذلك فحول الطريق دون رأي الإمام وإذنه نظر الإمام في ذلك؛ فإن كان صوابا أمضاه، وإن كان غير ذلك رده؛ لأن الإمام هو الناظر لجميع المسلمين وهو مكانهم في ذلك، وقال ابن نافع مثله أيضا، وهذا أحب إلي وبه أقول. انتهى. ونقله ابن أبي زيد في النوادر في كتاب القضاء في المرافق وابن أبي زمنين في المنتخب وابن فرحون في تبصرته.

171

الرابع عشر: قال ابن أبي زمنين في المنتخب: قال سحنون: قلت له: فلو أن دارا في جوف دار الداخلة لقوم والخارجة لغيرهم، وممر الداخلة على الخارجة، فأراد أهل الخارجة أن يحولوا باب دارهم في موضع غير الموضع الذي كان فيه؟ فقال: إن كانوا أرادوا أن يحولوه إلى جنب الباب القديم ولا ضرر

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب
فيه على أهل الدار الداخلة فمنعهم أهل الداخلة رأيت أن لا يمنعوا من ذلك، وإن أرادوا أن يحولوه في غير قرب الموضع الذي كان فيه فليس لهم ذلك. قلت: فإن أراد أهل الدار الخارجة أن يضيقوا باب الدار؟ فقال: ليس لهم ذلك. انتهى. وهذه المسألة في المدونة في آخر كتاب القسمة.

الخامس عشر: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وأما الزقاق غير النافذ الذي فيه أزقة فكل زقاق مستقل بنفسه، فإن أذن أهل زقاق في فتح باب بزقاقهم المستقل بهم فليس للباقين كلام. بذلك أفتى بعض شيوخنا في القديم على ما بلغني ممن يوثق به، وبه أقول. انتهى. وقاعدته أنه إذا قال بعض شيوخنا يشير به إلى ابن عرفة، وانظر هذا مع ما نقله ابن يونس عن سحنون في كتاب ابنه أن حبيبا سأل سحنونا عن درب كبير غير نافذ فيه زابعة في ناحية غير نافذة ولرجل في أقصاها باب فأراد أن يقدمه إلى طرف الزابعة فمنعهم أهل الدرب؟ قال: لهم أن يمنعوه، ولا يحركه عن موضعه إلا برضا أهل الدرب.

وقال نحوه يوسف بن يحيى في الدرب الذي لا ينفذ، والزوابع وكل مشترك منافعه بين [ساكنيه[2494]] ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثا إلا باجتماع أهله. قال ابن يونس: هذا خلاف لما في المدونة، وما في المدونة أصوب، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب، وهذا بخلاف الدار المشتركة المشاعة لا يتميز حظ أحدهم عن صاحبه فما يفتح به مشترك لا يجوز إلا باجتماعهم، والدور في الزوابع والدروب الغير النافذة متميزة، فلكل واحد أن يصنع في ملكه ما [لا[2495]] يضر بجاره لقوله صلى الله عليه وسلم: {لا ضرر ولا ضرار[1]} انتهى. وكأنه يعني بالزابعة الزقاق، ولم أقف على ذلك في اللغة، إلا أن كلام ابن بطال في مقنعه يرشد لذلك، ونصه: قال سحنون في كتاب ابنه: الدرب الكبير غير النافذ مثل الزنقة غير النافذة، فإن كان في الدرب [زنقة في[2496]] ناحية منه غير نافذة ولرجل في أقصاها باب فأراد أن يقدمه إلى طرف الزنقة قال لأهل الدرب أن يمنعوه ولا يحركه عن موضعه إلا برضا جميع أهل الدرب، فما ذكره سحنون وإن كان مخالفا للمشهور في منع فتح الباب إلا برضا جميع أهل السكة، لكنه يدل على أن أهل الدرب لهم المنع ولو رضي أهل الزنقة، وهو خلاف ما قاله ابن ناجي فتأمله، وسيأتي في القولة التي بعد هذه عن الوقار ما يوافق ما قاله ابن ناجي عن بعض شيوخه.

172
السادس عشر: قال البرزلي في مسائل الضرر: سكة غير نافذة/ لرجل فيها دار نقضها له وقاعتها لغيره فأراد أهل السكة أن يقيموا فيها سربا فمنعهم صاحب النقض فله ذلك إذا كان ذلك يعيب الموضع، ولصاحب القاعة ذلك أيضا. انتهى. والله أعلم.

الحديث
1- تنوير الحوالك، شرح موطأ الإمام مالك، كتاب الأقضية، دار الفكر، رقم الحديث 1461.

2494 *- في المطبوع ساكنه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م63 وسيد31. وفي نسخة (شركائه)

2495 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 وم63 ويحيى75 والشيخ132.

2496 - في المطبوع الكبير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 وم63 ويحيى75 والشيخ132.

نص خليل وَرَوْشَنٍ وَسَابَاطٍ لِمَنْ لَهُ الْجَانِبَانِ بِسِكَّةٍ نَفَذَتْ.

متن الحطاب **السابع عشر**: تقدم عند قول المصنف: "وسد كوة فتحت" عن المتيطي والمشذالي أنه إذا حكم بسد باب فتح لغير وجه شرعي أن تقلع العتبات والعضائد حتى لا يبقى هناك أثر باب، ونقله عنه ابن فرحون في تبصرته، ونصه: تنبيه: وفي المتيطية قال ابن زرب: وإذا سد باب للضرر فلا يكون سده بغلقه وتسميره ولكن ينزع الباب وعضائده وعتبته وتغير آثاره لأنه إذا بقي على حاله وسد بالطوب وبقيت العضائد والعتبة كان في ذلك ضرر على من أحدث عليه، وبهذا قال سائر الفقهاء بقرطبة وغيرها؛ لأنه إذا تقادم الزمان يكون له شاهدا وحجة، ولعله يقول إنما سددته لأفتحه متى شئت فلذلك ألزموه [بتغيير[2497]] معالمه ورسومه حتى لا يبقى له أثر. انتهى. والله أعلم.

ص: وروشن وساباط لمن له الجانبان بسكة نفذت ش: قوله: "لمن له الجانبان" راجع إلى الساباط وحده لا إلى [الروشن،[2498]] وقال في الجواهر: يجوز إخراج العساكر والرواشن والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، ثم ذكر[مسألة[2499]] الساباط، وقال البساطي: يعني أنه يجوز لمن له دار مجاورة لسكة نافذة أن يخرج في أعلى الحائط خشبا ويسقفها ويبني عليها متى شاء إذا رفع ذلك عن رؤوس المارة رفعا بينا وهو الذي عنى بالروشن، ويجوز لمن له داران الطريق المذكورة بينهما أن يلقي على حائطه خشبا كذلك، وهو الذي عنى بالساباط فقوله: "لمن له الجانبان" متعلق بالساباط على ما لا يخفى. انتهى. وقوله: "نفذت" مفهومه أنها إن لم تنفذ ليس له ذلك إلا بإذن الباقين وهو كذلك، وقال ابن غازي: أصل التفصيل بين النافذة وغيرها لأبي عمر في كافيه، ونقله عنه المتيطي، وعليه اقتصر ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون والمصنف، وأما ابن عرفة فقال: لا أعرفه لأقدم من أبي عمر بن عبد البر، وظاهر سماع أصبغ ابنَ القاسم في الأقضية خلافه، ولم يقيده ابن رشد بالطريق النافذة فتأمله .انتهى كلام ابن عرفة. قال ابن غازي: لم أجدها في سماع أصبغ بل في نوازل سحنون. انتهى.

قلت: ذكره في النوادر في كتاب القضاء في الكلإ والآبار والأودية في آخر ترجمة إحداث العساكر والرواشن، ونصه: قال يوسف بن يحيى في الدروب التي ليست بنافذة والزوابع التي لا تنفذ ذلك كله مشترك منافعه بين ساكنيه ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثا إلا باجتماعهم في فتح باب أو إخراج عساكر أو حفرة يحفرها ويردمها. انتهى. ونقله ابن يونس أيضا في كتاب القسمة عن يوسف بن يحيى، وتقدم كلامه في التنبيه الخامس عشر من القولة التي قبل هذه، ونقله عنه أيضا ابن بطال في مقنعه إثر كلامه السابق في التنبيه المذكور، ونصه: قال يوسف بن يحيى في الدروب التي ليست بنافذة وشبهها إن ذلك مشترك منافعه بين ساكنيه، ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر الزقاق ولا باطنه حدثا إلا باجتماعهم في فتح باب أو إخراج عساكر أو حفرة يحفرها أو يواريها. انتهى. ونحوه في مختصر أبي بكر الوقار، وهو أقدم من أبي عمر، فإنه تفقه بابن عبد الحكم وأصبغ، ونصه: وإذا

الحديث ....

2497 *- في المطبوع والشيخ132 ويحيى75 بتغير وما بين المعقوفين من م63 وسيد31.

2498 *- في المطبوع الروش وما بين المعقوفين من يحيى75 وسيد31.

2499 - في المطبوع مسائل وما بين المعقوفين من ن عدود ص172 وم63 ويحيى75 والشيخ132.

نص خليل ....

متن الحطاب كان القوم في زقاق غير نافذ، وأراد بعضهم أن يشرع في الزقاق بابا أو سقيفة أو عسكرا فلهم أن يمنعوه من ذلك، فإن أذن بعضهم وأبى بعض فإن كان من أذن له هم آخر الزقاق وممرهم إلى منازلهم على الموضع الذي يريد أن يحدث فيه ما يحدث فإذنهم [جائز،[2500]] ولا حق لمن ليس له عليه ممر في شيء مما يريد أن يحدثه، وإن كانت الدار بطريق مسلوكة في [خط[2501]] للمارة نافذ فليس لأحد أن يمنعه من باب يشرعه ولا من قناة كنيف ينشئها إذا كان بئرها/ مغيبة في حائطه ولا من سقيفة يعليها إذا كانت غير مضرة بما يمر تحتها من محمل عليه قبة ونحوها ولا من عسكر يشرعه إذا أعلاه ولم ينل المارة منه أذى، وإن كان له جار محاذيه وشاحه في العسكر قسم ما بينهما من الهواء [نصفين بينهما.[2502]] انتهى.

173

وذكر البرزلي عن صاحب الكافي نحو ما ذكره الوقار، وما ذكره ظاهر إلا قوله في الباب: "إذا أراد فتحه في الزقاق غير النافذ" فإنه مخالف للقول الذي مشى عليه المصنف من أنه إذا كان منكبا فليس لهم منعه، وأما ما ذكره فيما إذا أذن له بعض أهل الزقاق فيوافق ما قاله ابن ناجي في التنبيه الخامس عشر من القولة التي قبل هذه، ومخالف لما نقله ابن يونس عن سحنون فتأمله، فقد وجد النص لأقدم من أبي عمر على أن ذكر أبي عمر لذلك، وقبول الجماعة المذكورين له كاف في الاعتماد عليه. والله أعلم.

فرع: لو سقط الروشن أو الساباط على أحد فمات فلا شيء على من بناه. قال في النوادر: ومن المجموعة قال ابن القاسم: قال مالك لا بأس بإخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين. قال ابن القاسم: وهي تعمل بالمدينة فلا ينكرونها واشترى مالك دارا لها عسكر قال مالك في جناح خارج في الطريق فسقط على رجل فمات فقال مالك: لا شيء على من بناه قيل فأهل العراق يضمنونه قالوا لأنه جعله حيث لا يجوز له فأنكر قولهم. قال: ومن أخرج جناحا أسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق منع من ذلك. انتهى.

فرع: قال ابن أبي زمنين في أواخر المنتخب في أواخر [الديات[2503]] ناقلا عن المدونة: قال مالك من حفر شيئا في طريق المسلمين أو في داره مما يجوز له حفره فعطب فيه إنسان فلا ضمان عليه.

قلت: وما الذي يجوز أن يحفره في طريق المسلمين قال مثل بئر المطر والمرحاض يحفره إلى جنب حائطه هذا وما أشبهه. انتهى. وذكره في التوضيح في أول باب الجراح وفي المنتخب لابن أبي زمنين في باب ما يحدث في الطرق والأفنية في كتاب ابن حبيب. قلت: لمطرف وابن الماجشون: والكنف التي تتخذ في الطريق يحفرها الرجل بلصق جداره ثم يواريها أله أن يمنع من ذلك قال لا إذا واراها وغطاها وأتقن غطاءها وسواها بالطريق حتى لا يضر مكانها بأحد فلا أرى أن يمنع وما كان من ذلك [يضر[2504]] بأحد منع منه. انتهى. وقال في المقنع: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من

الحديث ....

[2500] *- في المطبوع جاز وما بين المعقوفين من م63 ويحيى76 وسيد31 والشيخ133.

[2501] *- في المطبوع ويحيى76 حظ وما بين المعقوفين من م63 ويحيى76 والشيخ133 وسيد31.

[2502] - في المطبوع بينهما نصفين وما بين المعقوفين من ن عدود ص173 والشيخ133.

[2503] - في المطبوع الآيات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 وم64 ويحيى76 والشيخ133.

[2504] *- في المطبوع ضرر وما بين المعقوفين من يحيى76.

نص خليل وَإلاَّ فَكَالْمِلْكِ لِجَمِيعِهِمْ إلاَّ بَابًا إن نُكِّبَ وَصُعُودَ نَخْلَةٍ وَأَنْذَرَ بِطُلُوعِهِ.

متن الحطاب حفر بلصق جداره كنيفا فليغطه ويتقن غطاءه ويسوه بأرض الطريق حتى لا يضر، فإن لم يفعل منع، وقاله أصبغ. انتهى. وقال بعده: قال سحنون فيما يحدث الناس من آبار الكنف في الأفنية في الطرق ينبغي أن تكون تحت الحيطان إلى داخل الدار ويخرج منها إلى الطريق قدر ما يدخل فيه القلة للاستقاء ويرى غيره ذلك من الضرر البين. انتهى. وقال بعده: قال سحنون في زنقة غير نافذة فيها أبواب لقوم ودبر دار رجل إليها ولا باب له فيها وبلصق داره في الزنقة كنيف محفور قديم مطوي وتخرج إليه من داره قناة مبنية إلا أنها لم يجر فيها شيء منذ زمان، فأراد أن يجري فيها العذرة إلى هذا البئر فمنعه أهل الزنقة أن ذلك ليس لهم إلا أن يدعوا في رقبة البئر فيكشف عن دعواهم، وإلا فالبئر لصاحب الدار بهذه الرسوم الظاهرة، ولو أن هذا مشترى من غيره لكان من ذلك له ما كان لبائعه. انتهى.

استطراد: سئلت عن رجلين كانت بينهما دار مشتركة فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الجانب الأيسر ومخزنا من الجانب الأيمن والدهليز الذي بين الجانبين وأخذ الآخر بقية الجانب الأيمن وعلو المخزن الذي في الجانب الذي أخذه صاحب الجانب الأيسر، ثم أراد صاحب الأيسر أن يركب على جدار المخزن الذي له في الجانب الأيمن بستلا ليبني عليه جدارا، والحال أن ذلك يضر ببناء صاحب العلو فهل له ذلك أم لا؟ فأجبت بما صورته: الحمد لله: إذا أراد صاحب المخزن الأسفل أن يركب على جدار مخزنه/ بستلا ليبني عليه جدارا وكان ذلك يضر ببناء صاحب العلو فله منعه من ذلك. والله أعلم. وقد نص في النوادر في ترجمة الجدار سترة بين الرجلين يدعيه كل واحد منهما من كتاب القضاء في البنيان ما نصه: في جواب سحنون لحبيب إذا كان عقد الحائط إلى أحدهما وللآخر عليه حمل خشب سقف معقودة فالحائط لمن له العقد، وللآخر حمل السقوف، وإن أراد صاحب العقد أن يبني على حائطه غرفة أو غيرها فلينظر، فإن أضر ذلك بحمل الآخر فليس له ذلك، وإن كان لا يضر فله أن يبني مالا يضره عند أهل المعرفة. انتهى. 174

ص: **وإلا فكالملك لجميعهم إلا بابا إن نكب** ش: تصوره واضح مما تقدم في شرح قول المصنف: "وباب بسكة نفذت".

فرع: قال البرزلي في أوائل مسائل الضرر: سئل ابن رشد عمن غرس في فناء رجل وردا واستغله فقام صاحب الفناء يطلب زوال الورد وقيمة ما اغتل؟ فأجاب ابن رشد بأنه لاحق للقائم على غارس الورد في الفناء على ما مضى من المدة؛ لأن الأفنية ليست فيها حقية الأملاك، وإنما هو مقدم في الانتفاع بها إن احتاج، وليس له أن يمنع الجار إن استغنى عنه، وله إذا قام عليه أن يقلع الورد عن الفناء وينفرد بالانتفاع به، أضر الورد بجداره أو لم يضر، إلا أن يتفق معه على ما يجوز بينهما. انتهى.

ص: **وأنذر بطلوعه** ش: قال في المسائل الملقوطة عن مطرف: أحب إلي أن يعلمهم لموضع حق الجوار، وإن لم يفعل فلا شيء عليه. من فتاوى ابن زرب. انتهى.

الحديث ....

نص خليل

وَنُدِبَ إعَارَةَ جِدَارِهِ لِغَرْزِ خَشَبَةٍ وَإِرْفَاقٌ بِمَاءٍ وَفَتْحِ بَابٍ وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَفِيهَا إنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ أَوْ قِيمَتَهُ وَفِي مُوَافَقَتِهِ وَمُخَالَفَتِهِ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب

175 ص: **وندب إعارة جداره** ش: قال البرزلي في مسائل الضرر: سئل شيخنا الإمام/ عمن أذن لجاره بغرز خشب في جداره فسقط جدار الآذن وأقامه، فطلب جاره أن يرد خشبه على ما كان في الإذن [الأول[2505]] فأبى عليه؟ فأجاب إن كان سقوط الجدار [لتوهله[2506]] لا بسبب زيد اختيارا لم يقض عليه بعود الغرز وإثبات كونه لتوهله إن تنازعا على ربه وإلا قضي عليه بعود الغرز إن كان غير مؤجل. قال البرزلي: نحو هذا في الواضحة. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: وهل لجار المسجد أن يغرز خشبه في جدار المسجد؟ للشيوخ قولان. انتهى. وقال ابن عرفة في كتاب العارية: ابن سهل: أفتى ابن عتاب بجواز التعليق من المساجد إن اتصلت بالدور ولم يضرها وجواز غرز جارها خشبه بحائطها، ونقله عن الشيوخ قال ولم يتكلموا في المسجد الجامع، ولا يجوز ذلك فيه لعدم اتصال الدور به، ولو اتصلت به جاز عندي، وأفتى ابن القطان بمنع الغرز وابن مالك بمنعه ومنع التعليق. قال ابن عرفة: قلت: هو الصواب الجاري على حمله على الندب. انتهى. وذكره ابن عرفة أيضا في آخر باب الشركة وابن سهل في مسائل الوقف.

فرع: في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس يمنع من فتح باب في المسجد للانتفاع به. والله أعلم.

ص: **وله أن يرجع** ش: ظاهره مطلقا طال الزمان أم لا قصد الضرر أم لا، وهذا مذهب المدونة في العرصة المعارة لمن يبني فيها، لكن جمع ابن رشد في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية وابن [زرقون مسألة[2507]] الجدار والعرصة وحكيا الخلاف فيهما، وتبعهما المصنف.

ص: **وفيها إن دفع ما أنفق أو قيمته** ش: إنما ذكر هذا أيضا في المدونة في مسألة العرصة المعارة لمن يبني فيها، ولكن ابن رشد وابن زرقون جمعا مسألة الجدار والعرصة، وحكيا الخلاف فيهما جميعا، وتبعهما المصنف. انظر التوضيح هنا وفي العارية.

176 ص: **وفي موافقته ومخالفته تردد** ش: يأتي هذا في العارية مبينا إن شاء الله تعالى./

ص: **فصل المزارعة** ش: قال ابن عرفة: المزارعة شركة في الحرث، وبالثاني عبر اللخمي وغيره، وعبر بالأول كثير. سمع عيسى سئل ابن القاسم عن رجلين اشتركا على مزارعة، وروى البزار عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يقولن أحدكم زرعت وليقل حرثت[1]} وروى مسلم عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {لا يغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة[2]}. انتهى. قال البرزلي في حديث آخر: {لا يقولن أحدكم زرعت وليقل حرثت فإن الزارع هو الله[3]} أبو هريرة لقوله تعالى: ﴿ أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون ﴾ القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿ كمثل حبة ﴾ الآية دليل على أن اتخاذ الحرث

الحديث

1- لا يقولن أحدكم زرعت ولكن ليقل حرثت قال محمد قال أبو هريرة ألم تسمعوا إلى قول الله عز وجل أفرأيتم ما تحرثون الآية. البيهقي، السنن الكبرى، ج6 ص138.

2- عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على أم مبشر الأنصارية في نخل لها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم من غرس هذا النخل أمسلم أم كافر فقالت بل مسلم فقال: لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، دار إحياء التراث العربي 1973، رقم الحديث 1552.

3- لا تقل زرعت ولكن قل حرثت إن الله هو الزارع. البيهقي، السنن الكبرى، ج6 ص138.

2505 *- في المطبوع الأولى وما بين المعقوفين من ذي ص175 وم64 والشيخ134 ويحيى77 وسيد31.

2506 *- في المطبوع بتوهله وما بين المعقوفين من البرزلي ج4 ص377.

2507 *- في المطبوع وسيد31 زرقون في مسألة وما بين المعقوفين من م64 والشيخ135 ويحيى77.

نص خليل فصل لِكُلٍّ فَسْخُ الْمُزَارَعَةِ إن لَّمْ يُبْذَرْ وَصَحَّتْ إنْ سَلِمَا مِنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِمَمْنُوعٍ وَقَابَلَهَا مُسَاوٍ وَتَسَاوَيَا إلاَّ لِتَبَرُّعٍ بَعْدَ الْعَقْدِ وَخَلْطُ بَذْرٍ إنْ كَانَ وَلَوْ بِإِخْرَاجِهِمَا.

متن الحطاب من [أعلى[2508]] الحرف المتخذة للمكاسب ويشتغل بها العمال، ولهذا ضرب الله بها المثل. قال: وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال: {التمسوا الرزق في خبايا الأرض[1]} يعني الزرع، وفي حديث مدح النخل: {من الراسخات في الوحل والمطعمات في المحل}. قال: والمزارعة من فروض الكفايات يجب على الإمام أن يجبر الناس عليها وما كان في معناها من غرس الأشجار، وعن عبد الله بن عبد الملك أنه لقي ابن شهاب الزهري فقال دلني على مال أعالجه فأنشأ يقول:

أقول لعبد الله يوم لقيته وقد شد أحلاس المطي مشرقا
تتبع خبايا الأرض وادع مليكها لعلك يوما أن تجاب فترزقا

177 ص: لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر ش: قال في التوضيح: المزارعة دائرة بين الشركة/ والإجارة فلهذا اختلف في لزومها بالعقد، فقيل تلزم به تغليبا للإجارة، وهو قول سحنون وابن الماجشون وقول ابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون، وقيل لا تلزم تغليبا للشركة ولكل واحد أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر. ابن رشد: وهو معنى قول ابن القاسم في المدونة، ونص رواية أصبغ عنه في العتبية، وقيل لا تلزم إلا بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتوى عندنا بقرطبة، وهو على قياس رواية ابن زياد عن مالك أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجعول له في العمل. انتهى. قال ابن عبد السلام: والأقرب عندي أنها شركة حقيقة إلا أنها مركبة من شركة الأموال والأعمال. انتهى. قال ابن عرفة: وفي لزومها بالعقد أو الشروع، ثالثها بالبذر لابن رشد عن سحنون مع ابن الماجشون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون وابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتيا بقرطبة وهو على قياس رواية [عَلِيٍّ في[2509]] لزوم الجعل بالشروع وقول ابن القاسم فيها مع سماعه أصبغ، ولم يحك ابن حارث عن ابن القاسم غير الأول وقال اتفقوا على انعقادها بابتداء العمل. انتهى.

178 ص: وتساويا ش: لا شك في إغنائه عما تقدم فشرطها شيئان كما قال أبو الحسن الصغير: لا تصح/ الشركة في المزارعة إلا بشرطين: أن يسلما من كراء الأرض بما يخرج منها، وأن يعتدلا فيما [بعد[2510]] ذلك.

ص: وخلط بذر إن كان ولو بإخراجهما ش: يعني أنه يكفي في خلط البذر أن يخرجاه، ولو زرع هذا في ناحية وهذا في ناحية وزرع أحدهما متميز عن الآخر، وهذا قول مالك وابن القاسم، وعليه يتفرع قوله بعد هذا: "فإن لم ينبت بذر أحدهما إلى آخره". وأشار بلو إلى قول سحنون إنه لا يكفي

الحديث 1- التمسوا الرزق في خبايا الأرض يعني الزرع. الطبراني، رقم الحديث 895.

2508 - في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص176 ويحيى77 والشيخ135 وم64.

2509 *- في المطبوع على ما في وما بين المعقوفين من ن عدودص177.

2510 - في المطبوع بعد وم65 وسيد31 ويحيى77 وضبب عليها عدود وفي الشيخ136 (عدا).

نص خليل

فَإِن لَّمْ يَنْبُتْ بَذْرُ أَحَدِهِمَا وَعَلِمَ لَمْ يُحْتَسَب بِهِ إِنْ غَرَّ وَعَلَيْهِ مِثْلُ نِصْفِ النَّابِتِ وَإِلاَّ فَعَلَى كُلٍّ نِصْفُ بَذْرِ الآخَرِ وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا كَأَنْ تَسَاوَيَا فِي الْجَمِيعِ أَوْ قَابَلَ بَذْرَ أَحَدِهِمَا عَمَلٌ أَوْ أَرْضُهُ وَبَذْرُهُ أَوْ بَعْضُهُ إِن لَّمْ يَنْقُصْ مَا لِلْعَامِلِ عَن نِّسْبَةِ بَذْرِهِ أَوْ لأَحَدِهِمَا الْجَمِيعُ إِلاَّ الْعَمَلَ إِنْ عَقَدَا بِلَفْظِ الشَّرِكَةِ لاَ الإِجَارَةِ أَوْ أَطْلَقَا.

متن الحطاب

ذلك، بل لا بد من خلطهما في المزارعة حتى لا يتميز أحدهما عن الآخر. قال ابن الحاجب: والبذر المشترك شرطه الخلط كالمال. قال في التوضيح: لما كان الخلط ظاهرا في عدم تمييز أحدهما عن الآخر بَيَّن أنه ليس المراد ذلك بقوله: "كالمال" فأشار إلى ما قدمه؛ وهو إما أن يكون تحت أيديهما أو أحدهما، وهكذا قال مالك وابن القاسم. اللخمي: واختلف عن سحنون فقال مرة بقول مالك، وقال مرة إنما تصح الشركة إذا خلطا الزريعة أو جمعاها في بيت أو حملاها إلى فدان، ونص هذا الثاني عند ابن يونس، ومن كتاب ابن سحنون وإذا صحت الشركة في المزارعة وأخرجا البذر جميعا إلا أنهما لم يخلطا فزرع هذا في فدان أو في بعضه وزرع الآخر في الناحية الأخرى ولم يعملا على ذلك فإن الشركة لا تنعقد، ولكل واحد ما أنبت حبه ويتراجعان في فضل الأكرية ويتقاصان، وإنما تتم الشركة إذا خلطا ما أخرجاه من الزريعة أو جمعاها في بيت واحد أو حملاها جميعا إلى الفدان وبذر كل واحد في طرفه فزرعا واحدة ثم زرعا الأخرى فهو جائز، كما لو جمعاها في بيت بعض القرويين وعند ابن القاسم أن الشركة جائزة خلطا أو لم يخلطا. ابن عبد السلام: ولعل المصنف إنما سكت لاحتماله جواز الإقدام على ذلك ابتداء أو أنه ممنوع أولا، لكنه إذا وقع مضى، وهو الظاهر من تفريعه. انتهى.

وقال اللخمي: فصل: اختلف إذا كان البذر من عندهما هل من شرط الصحة أن يخلطاه من قبل الحرث فأجاز مالك وابن القاسم الشركة إذا أخرجا قمحا أو شعيرا وإن لم يخلطاه وهو أيضا أصلهما في الشركة في الدراهم والدنانير، واختلف عن سحنون فذكر مثل ما تقدم. انتهى. فأشار المصنف إلى أن الخلط يكفي فيه إخراجهما البذر ولو لم [يخلطاه[2511]] كما هو عند مالك وابن القاسم وأحد قولي سحنون، وأشار إلى قول سحنون الثاني بلو كما تقدم بيانه، وحمل الشارح كلام المصنف على أنه مشى على قول سحنون وهو غير ظاهر، ولا يتأتى عليه ما فرعه المؤلف: "وإن لم ينبت إلى آخره" فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح في قول ابن الحاجب المتقدم: والبذر المشترك شرطه الخلط بعد أن تكلم على فروع المسألة. تنبيه: بقي على المصنف شرط آخر في البذر وهو تماثلهما جنسا، فإن أخرج أحدهما قمحا والآخر شعيرا أو سلتا أو صنفين من القطنية فقال سحنون لكل واحد ما أنبت بذره ويتراجعان في الأكرية. ثم قال: يجوز إذا اعتدلت القيمة. اللخمي: يريد والمكيلة. انتهى. ونقله ابن عرفة عن ابن يونس عن سحنون، وزاد بعده: قال بعض القرويين: من لم يجز الشركة بالدنانير والدراهم لم يجز المزارعة بطعامين مختلفين ولو اعتدلت قيمتهما لعدم حصول المناجزة لبقاء يد كل واحد على طعامه ولكل واحد ما أنبت طعامه، ولا يكون التمكين قبضا كالشركة الفاسدة بالعروض لا يضمن كل واحد سلعة صاحبه، وإنما يشتركان بأثمان السلع التي وقعت الشركة فيها فاسدة. انتهى.

179 ص: وإن لم ينبت بذر أحدهما وعلم لم يحتسب به إن غر الخ ش: قال في/ الذخيرة:

الحديث ....

[2511] – في المطبوع وم65 والشيخ136 وسيد32 يخلطاها وما بين المعقوفين من يحيى78.

نص خليل كَإِلْغَاءِ أَرْضٍ وَتَسَاوَيَا غَيْرَهَا أَوْ لأَحَدِهِمَا أَرْضٌ رَخِيصَةٌ وَعَمَلٌ عَلَى الأَصَحِّ وَإِنْ فَسَدَتْ وَتَكَافَآ عَمَلاً فَبَيْنَهُمَا وَتَرَادَّا غَيْرَهُ وَإِلاَّ فَلِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ كَانَ لَهُ بَذْرٌ مَّعَ عَمَلٍ أَوْ أَرْضٌ.

متن الحطاب قال في الكتاب: إذا شرط في الحب الزراعة فلم ينبت والبائع عالم أو شاك رجع بجميع الثمن؛ لأن البائع غره والشراء في [إبّان[2512]] الزراعة بثمن ما يزرع كالشرط، وإن اشتراه للأكل فزرعه لم يرجع بشيء إلا أن يكون ذلك ينقص من طعمه أو فعله يرجع بقيمة النقص لو اشتراه للزراعة. قال ابن يونس: فإن شارك بهذا غيره فنبتت زريعة الغير دونه فإن دلس البائع رجع عليه بنصف المكيلة ونصف كراء الأرض التي أبطل عليه، وإلا فنصف قيمة العيب، وما ينبت في الوجهين بينهما. قاله أصبغ [وقال[2513]] سحنون مثله إلا في الكراء سكت عنه. وزاد: إن دلس دفع نصف المكيلة زريعة صحيحة ودفع إليه شريكه نصف مكيلة لا تنبت، وهذا إذا زال الإبان، وإلا أخرج زريعته صحيحة. انتهى. وقال ابن عبد السلام: سكت في الرواية عن رجوع المغرور على الغار بقيمة نصف العمل فيما لم ينبت إن كان العمل على المغرور، وينبغي أن يكون له الرجوع بذلك لأنه غرور بالفعل. قال بعده في التوضيح: خليل: وينبغي أن يرجع عليه بنصف قيمة كراء الأرض التي غر فيها. انتهى. وكأنه لم يقف على نص، وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام: قلت: قوله سكت في الرواية هو كما قال في الرواية هنا، ولكن ذكر الصقلي في الرد بالعيب ما يدل على الخلاف في ذلك. قال ما نصه: قال ابن حبيب: لو زرع بما لا ينبت فنبت شعير صاحبه دون شعيره، فإن دلس رجع عليه صاحبه بنصف مكيلته من شعير صحيح وبنصف كراء الأرض الذي أبطل عليه، وقاله أصبغ، وقال سحنون مثله إلا الكراء لم يذكره.

قلت: ظاهر قول سحنون سقوط الكراء، وهو مقتضى قول ابن القاسم فيها فيمن غر في إنكاح غيره أمة أنه يغرم للزوج الصداق ولا يغرم له ما يغرمه الزوج من قيمة الولد، ونحوه قوله في كتاب الجنايات: من باع عبدا سارقا دلس فيه فسرق من المبتاع فرده على سيده بالعيب فذلك في ذمته إن عتق يوما،

180 وأظن في نوازل الشعبي من باع مطمورة دلس فيها بعيب التسويس/ فخزن فيها المبتاع فاستاس ما فيها أنه لا رجوع له على البائع بما استاس فيها قال: ولو أكراها منه لرجع عليه. انتهى. ومسألة عدم نبات البذر ذكرها ابن يونس في العيوب والبرزلي في الرد بالعيب.

ص: **كإلغاء أرض وتساويا غيرها** ش: يريد إلا أن تكون تافهة لا خطب لها كما قاله في المدونة.

ص: **أو لأحدهما أرض رخيصة وعمل على الأصح** ش: ليس مراده رحمه الله بهذا التنبيه على استثناء الأرض التافهة التي لا خطب لها، وإنما أشار به لما ذكره ابن يونس عن سحنون وابن عبدوس، ونصه بعد أن ذكر عن المدونة: جواز إلغاء الأرض التي لا خطب لها. قال: سحنون: إذا أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر فلا يجوز إلا أن يكون أرضا لا كراء لهاوقد تساويا فيما سواها فأخرج هذا البذر وهذا العمل وقيمة ذلك سواء فهو جائز؛ لأن الأرض لا كراء لها، وأنكر هذا ابن عبدوس وقال: إنما أجاز مالك أن تلغى الأرض إذا تساويا في إخراج الزريعة والعمل، فأما إذا كان مخرج البذر غير

الحديث ....

[2512] – في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص179 ويحيى78 والشيخ137.
[2513] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من م65 والشيخ137 وسيد32.

نص خليل أَوْ كُلٌّ لِكُلٍّ. باب صِحَّة الْوَكَالَةِ.

متن الحطاب مخرج الأرض لم يجز وإن كان لا كراء لها ويدخله كراء الأرض بما يخرج منها، ألا ترى لو أكريت هذه الأرض ببعض ما يخرج منها لم يجز، وهذا هو الصواب. انتهى. والله أعلم.

ص: **أو كل لكل** ش: يعني وكذا تفسد الشركة ويكون الزرع كله للعامل إذا كان كل واحد من الأرض والبذر والعمل من عند كل واحد من الشركاء الأرض لواحد والبذر من واحد والعمل على واحد فتكون المزارعة من ثلاثة أنفس. قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: وإن كان البذر فقط من المالك أو من أجنبي فقال ابن القاسم الزرع للعامل، وقال سحنون الزرع لرب البذر، ثم يقومان بما يلزمهما من مكيلة البذر وأجرة الأرض والعمل. دل كلامه على أنها تقع على وجهين الأول أن يكون البذر من المالك للأرض ومن الآخر العمل، والوجه الثاني أن يكون البذر من أجنبي فتكون الأرض لواحد والبذر لآخر والعمل لآخر وتكون الشركة من ثلاثة أشخاص، ولا إشكال في فساد الوجه الثاني لمقابلة جزء من الأرض بجزء من البذر وأما الوجه الأول فقد يقال: فيه نظر، وقوله فقال ابن القاسم الزرع للعامل؛ يعني في الوجهين، وهذا ظاهر ما لمالك وابن القاسم في الموازية، ونص ما نقله ابن يونس: قال ابن المواز: ومن قول مالك وابن القاسم أن الزرع كله في فساد الشركة لمن تولى القيام به كان مخرج البذر صاحب الأرض أو غيره، وعليه إن كان هو مخرج البذر كراء أرض صاحبه، وإن كان صاحبه مخرج البذر عليه له مثل بذره، وهكذا نقل الشيخ أبو محمد هذا القول، واعترض بعض القرويين على أبي محمد ما نقله عن ابن القاسم أنه لصاحب العمل.

وقال: لم نجد لابن القاسم أن الزرع للعامل دون أن يضاف إليه شيء، وقوله: وقال سحنون ظاهره أيضا في الوجهين، ولم أر النص عن سحنون إلا في الوجه الأول، وهو إذا كان البذر من عند رب الأرض فإن ابن يونس نقل عنه أن الزرع لرب الأرض، وذكر عنه صورة أخرى فقال سحنون:/ وإذا اشترك ثلاثة فأخرج أحدهم الأرض ونصف البذر والآخر نصف البذر فقط، والثالث العمل على أن الزرع بينهم أثلاثا لم يجز، فإن نزل فالزرع على مذهب ابن القاسم بين العامل ورب الأرض ويغرمان لمخرج نصف البذر مكيلة بذره، ومذهب سحنون أن الزرع [لصاحبي[2514]] الزريعة وعليهما كراء الأرض والعمل، وقال ابن حبيب قد أخطؤا والزرع بينهم أثلاثا، والذي ذكره ابن المواز على أصل ابن القاسم أن الزرع لمن ولي العمل إذا أسلمت الأرض إليه يؤدي مثل البذر لمخرجه وكراء الأرض لربها. انتهى.

181

ص: **باب الوكالة** ش: قال ابن عرفة: نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته، فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرا أو قاضيا [أو[2515]] صاحب صلاة والوصية. انتهى. والظاهر أن قوله: "نيابة ذي حق" من إضافة المصدر إلى فاعله، وأنه سقط من النسخة المنقول منها بعد قوله: "لغيره فيه" [إما ماله[2516]] أو التصرف كماله كما يظهر هذا بتأمل الكلام الآتي من أوله إلى آخره. [ثم[2517]]

الحديث ....

[2514] - في المطبوع وصاحب والشيخ138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 181 وم66.

[2515] - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 181 وم66 ويحيى79 والشيخ138.

[2516] *- في المطبوع إما له وما بين المعقوفين من ن عدود ص181.

[2517] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 181 وم66 ويحيى79 والشيخ138.

نص خليل فِي قَابِلِ النِّيَابَةِ مِنْ عَقْدٍ وَفَسْخٍ وَقَبْضِ حَقٍّ وَعُقُوبَةٍ وَحَوَالَةٍ وَإِبْرَاءٍ وَإِنْ جَهِلَهُ الثلاثَةُ وَحَجٍّ.

متن الحطاب قال ابن عرفة إثر ما تقدم: ولا يقال إن النيابة في حق ذي إمرة وكالة لقول اللخمي تجوز الوكالة في إقامة الحد؛ لأن إقامته مجرد فعل لا إمرة فيه هذا ظاهر استعمال الفقهاء، وجعل ابن رشد ولاية الأمراء وكالة، ونحوه قول عياض [استعمال[2518]] لفظ الوكالة في عرف الفقهاء في النيابة خلاف ذلك ومن تأمل وأنصف علم صحة ما قلناه لأنه المتبادر للذهن عرفا، ويحتمل أن يقال النيابة مساوية للوكالة في المعرفة، فتعريفها بها دور، فيقال هي جعل ذي أمر غير إمرة التصرف فيه [لغيره[2519]] [الـمُوجِب[2520]] لُحُوقَ حكمه [جاعله[2521]] كأنه فعله. فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرا أو قاضيا أو إمام صلاة لعدم لحوق فعل النائب في الصلاة الجاعل، والوصية للحوق حكم فاعلها غير الجاعل. انتهى. ثم قال: وحكمها لذاتها الجواز، روى أبو داود عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت أردت الخروج إلى خيبر. فقال: {إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته[1]} وصححه عبد الحق بسكوته عليه، وتعقبه ابن القطان أنه من رواية ابن إسحاق، وقال عبد الحق فيه في كتاب الصلاة رماه مالك بالكذب وقال نحن نفيناه من المدينة، ويعرض لها سائر الأحكام بحسب متعلقها كقضاء دين تعين لا يوصل إليه إلا بها والصدقة والبيع المكروه والحرام ونحو ذلك. انتهى.

ص: **في قابل النيابة** ش: قال ابن عرفة: قال المازري: لا تجوز النيابة في أعمال الأبدان المحضة كالصلاة والطهارة والحج إلا أنه تنفذ الوصية به، وينقض قوله في أعمال الأبدان المحضة بقولها مع غيرها في العاجز عن الرمي لمرضه في الحج يرمى عنه. انتهى.

182 ص: **وحوالة** ش: يعني/ أنه يجوز أن يوكل من يحيل غريمه على مدينه. ابن عرفة. قال ابن شاس: وتجوز في الكفالة كالحوالة والبيع. ابن عبد السلام: [أي[2522]] يجوز أن يوكل من يتحمل عنه في حق وجب عليه. قلت: فيه نظر؛ لأن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته، وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة فتأمله، وقال ابن هارون هو أن يوكله على أن يتكفل لفلان بما على فلان، وهذا أقرب من الأول لأن الموكل هنا يصح منه الفعل، وينبغي أن يزاد فيه كأن التزم لرب الدين الذي على فلان أن يأتيه بكفيل به عنه بحيث يكون الإتيان بالكفيل حقا على الموكل المذكور. انتهى.

ص: **وإبراء وإن جهله [الثلاثة[2523]]** ش: قال ابن عرفة: وتبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: "والتوكيل بالإبراء لا يستدعي علم الموكل بمبلغ الدين المبرإ منه ولا علم الوكيل ولا علم من عليه الحق".

الحديث 1- سنن أبي داوود، كتاب الأقضية، رقم الحديث 3632.

2518 - هكذا في ن عدود ص181 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع استعمل وهو الذي في م66 ويحيى79 والشيخ138.

2519 *- في المطبوع لغير وما بين المعقوفين من ن عدود ص181.

2520 *- في الرصاع ج2 ص493 صفة التصرف.

2521 *- في المطبوع لجاعله وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الرصاع ج2 ص439.

2522 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن م66 ويحيى79 وسيد32.

2523 - في المطبوع الثلاث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182 وم66 ويحيى79 والشيخ139.

نص خليل وَوَاحِدٍ فِي خُصُومَةٍ.

متن الحطاب **قلت:** وهذا كضروري من المذهب لأنه محض ترك، والترك لا مانعية للغرر فيه، ولذا قال الغير في إرخاء الستور لأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ به. انتهى. وانظر أواخر رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب [من الوصايا[2524]].

ص: **أو واحد في خصومة** ش: قال ابن فرحون في تبصرته في الفصل السادس في حكم الوكالة على الدعوى: وليس لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين، ويلزم الموكل ما أقر به عليه وكيله كان له أو عليه إذا كان في نص [التوكيل[2525]] الإقرار والإنكار. انتهى. وقال في المتيطية: ولا يجوز لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين.

تنبيهات: الأول: هنا مسألة واقعة عمت بها البلوى؛ وهي أن الخصمين إذا فرغا من الخصومة واتفقا على أمر، وأرادا أن يثبتاه عند الحاكم، فمن الناس من يمتنع من الرواح إلى مجلس الحاكم تكبرا، ومنهم من يمتنع لعذر فيشهد كل واحد من الخصمين أنه وكل كل أحد من المسلمين في الدعوى والإعذار والثبوت وطلب الحكم، فيأتي الشهود على الوكالة إلى رجل من الناس ويشهدون عند الحاكم أنه وكيل فلان وشخص آخر أنه وكيل فلان الآخر ويكملون أمرهم فهل هذا التوكيل صحيح أم لا؟ فاعلم أنه لا يخلو إما أن يريد الموكل بقوله وكلت كل أحد من المسلمين في إثبات كذا إلى آخره أنه يوكل كل واحد من المسلمين لا بعينه، وهذا هو المتبادر، فلا مرية في عدم صحة هذا الوجه للجهل بعين الوكيل. قال ابن فرحون في الفصل الخامس من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من أقسام الكتاب في التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فصول: مسألة من الوكالة لا يسمع القاضي من أحد دعوى الوكالة حتى يثبت عنده ذلك بشاهدين أو بشاهد ويمين على قول مالك وابن القاسم، ولا بد أن يشهد الشهود على معرفة عين الموكل، ويثبت عنده أيضا عين الوكيل إما بالشاهدين الأولين أو بغيرهما، وإذا حضر الوكيل والخصم وتقاررا على صحة الوكالة فلا يحكم بينهما بمجرد قولهما لأنه حق لغيرهما يتهمان على التواطؤ ولو صدق الخصم الوكيل في الدعوى واعترف بالمدعى به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة. انتهى. وإن أراد بقوله كل أحد من المسلمين أن جميع المسلمين وكلاء عنه في ذلك فيمكن هنا الشهادة على عين كل أحد من المسلمين أنه وكيله، لكن الذي يظهر أنه يمنع من جهة أخرى، وهو أن توكيل أكثر من واحد على الخصام لا يجوز ولا شك أن هذه وكالة في دعوى وإنكار وإثبات، وبحث سيدي الشيخ العلامة أحمد بن عبد الغفار في كون ذلك وكالة في خصومة فتأمله. وقال في آخر كتاب الوكالة من النوادر: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ومن شرط في ذكر حقه ومن قام به فله أن يقضيه فلا يجوز هذا، ولا يُقْضَى له إلا بوكالة. انتهى./ وما قاله ابن فرحون من عدم جبره الحاكم على الدفع فيما إذا [صدق[2526]] الخصم الوكيل على الدعوى فاعترف بالمدعى عليه موافق لما في المعونة وتبصرة اللخمي 183

الحديث ....

[2524] - في المطبوع بالوصايا وما بين المعقوفين من م66 وسيد32 ويحيى.

[2525] - ساقطة من المطبوع والشيخ139 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 182 وم66 ويحيى79.

[2526] - في المطبوع صدر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 183 وم66 والشيخ140.

نص خليل ....

متن الحطاب ومخالف لما جزم به في الفصل السادس من تبصرته، ونصه: مسألة في المطلوب يوافق على صحة الوكالة قبل ثبوتها، وإذا قام رجل على رجل في مهر امرأته أو دين رجل وادعى وكالة صاحب ذلك الحق فأقر المطلوب بالدين أو المهر واعترف بصحة الوكالة فإنه يلزمه دفع ذلك إليه، فإن [قام[2527]] صاحب الحق على المطلوب يطلبه بذلك قضي له به، لأنه إنما يقضى عليه أولا بإقراره والمصيبة منه. انتهى. وله في الباب السبعين في القضاء بالأمارات وقرائن الأحوال ما يوافق ماله في الفصل السادس، وعزاه للمتيطية، ونصه: وفي المتيطية [حكى ابن[2528]] حبيب عن سحنون فيمن قال [لرجل وكلني[2529]] فلان على [قبض[2530]] دينه منك وعدده كذا فصدقه في الوكالة وأقر بالدين أنه [يلزمه[2531]] الدفع إليه، فإن قدم فلان وأنكر التوكيل غرم المقر، لأن الحكم كان بإقراره. انتهى. وفيه ما يؤخذ منه ما يخالف هذا ويوافق ما تقدم عن الفصل الخامس فتأمله. والله أعلم. انتهى.

الثاني: قال ابن عرفة: سمع عيسى ابنَ القاسم إن ادعى شريكان على رجل حقا فقالا للقاضي من حضر منا خاصمه فليس لهما ذلك لقول مالك: من قاعد خصمه عند القاضي فليس له أن يوكل إلا من علة، وقال في ورثة ادعوا منزلا في يد رجل لا يخاصمه كل واحد عن نفسه بل يقدمون رجلا يخاصمه ابن رشد: وهذا كما لا يجوز للرجل [توكيل[2532]] وكيلين يخاصمان عنه إن غاب أحدهما خاصم له الآخر، وكذا لم يجز لمن قاعد خصمه أن يوكل غيره إلا لعذر من مرض أو سفر أو إساءة [خصمه فحلف[2533]] لا خاصمه أو يظهر من وكيله ميل لخصمه، ولا خلاف في هذا. انتهى هذا السماع في كتاب البضائع والوكالات. والله أعلم.

الثالث: قال ابن سلمون: إذا شهد شاهدان بمعرفة الوكالة ولم يبينا في شهادتهما أن الموكل أشهدهما بها فشهادتهما ساقطة ولا يعمل بها. انتهى.

الرابع: قال ابن فرحون في الفصل السادس في حكم الوكالة في الدعوى: مسألة: وإذا وكله على الخصام في قضية فخاصم عنه وانقضت تلك القضية وأراد الوكيل أن يخاصم عنه في غيرها فإن كان بقرب الخصام الأول كان له ذلك إذا كانت الوكالة مبهمة لم يذكر فيها أنه وكله على مخاصمة فلان أو في أمر كذا، وكذا إن اتصل بعض ذلك ببعض أو كان بينهما أيام، وإن تطاول ذلك [سنين[2534]] والموكل غائب لم يحتج إلى تجديد التوكيل إذا لم يقصره على مطلب سماه كما قدمنا، فأما إذا قصره على

الحديث ....

2527 – في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 183 وم67 والشيخ140.

2528 – في المطبوع عن وم67 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 183 والشيخ140.

2529 – في المطبوع ما قاله لرجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 183 وم67 ويحيى80.

2530 – في المطبوع قضاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص183 وم67 ويحيى80 والشيخ140 وهو الذي في التبصرة ج2 ص114.

2531 – في المطبوع يلزم والشيخ140 وما بين المعقوفين من م67 ويحيى80.

2532 – في المطبوع يوكل وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 183 وم67 ويحيى80.

2533 – في المطبوع له وم67 ويحيى80 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 183.

2534 *– في المطبوع بسنين وما بين المعقوفين من م67 وسيد32 والشيخ140 ويحيى80.

نص خليل وَإِنْ كَرِهَ خَصْمُهُ.

متن الحطاب مطلب معين وكان بين المطلبين الأشهر فليس له أن يخاصم عنه إلا فيما وكله فيه، ويستحسن في مثل هذا أن يجدد له التوكيل ثم يتكلم عنه. انتهى.

الخامس: قال ابن فرحون قبل كلامه المذكور: مسألة: قال ابن سهل: وسئل سحنون عمن وكل رجلا على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنين، وقد [أنشب[2535]] الخصومة قبل ذلك ثم أتى بالبينة أو لم ينشب الخصومة ولم يتعرض في شيء حتى مرت السنتان، ثم قام بعدهما يطلب بتلك الوكالة القديمة أله ذلك أم يجدد الوكالة؟ قال سحنون: يبعث الحاكم إلى الموكل ليسأله أهو على وكالته أو خَلَعَهُ عنها، وإن كان غائبا فالوكيل على وكالته. قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه الوكالة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة. قال ابن المناصف: أما إذا خاصم واتصل خصامه وطال سنين فهو على وكالته الأولى. انتهى كلامه. [قال ابن عرفة: وفي[2536]] الانعزال بطول مدة التوكيل ستة أشهر وبقائه. قول ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا

184 يستكثر إمساك الوكيل على الخصومة ستة أشهر ونحوها، ويرى تجديد/ التوكيل مع قول المتيطي في الوكالة على الإنكاح إن سقط من رسمه لفظ دائمة مستمرة وطال أمر التوكيل بستة أشهر سقطت إلا بتوكيل ثان، ونقل ابن سهل عن سحنون: من قام بتوكيل على خصومة بعد سنين وقد أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم ينشبها بعد مضي سنين سأل الحاكم [موكله عن بقاء[2537]] توكيله أو عزله فإن كان غائبا فهو على وكالته. ابن فتوح: إن خاصم واتصل خصامه سنين لم يحتج لتجديد توكيل. انتهى. ونص كلام ابن سهل قال سحنون في الوكيل تم له سنتان لم ينشب خصومة ثم يقوم بها فإن كان الموكل حاضرا سئل أهو على وكالته أم لا؟ وإن كان غائبا فهو على وكالته قال القاضي -يعني نفسه-: ورأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر أو نحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة. انتهى. ولعل بعض شيوخه هو الغرناطي، فإن البرزلي نقل ذلك عنه ولم ينقل كلام سحنون ولا غيره، ونصه: قال -يعني الغرناطي- :وإذا مضى لتاريخ الخصام ستة أشهر لم يكن للوكيل متكلم إلا أن يكون اتصل خصامه معه ولو طالت [سنوه.[2538]] قلت: أو في قضية معينة فلا تنقضي إلا بتمامها. قاله بعض الموثقين. انتهى.

ص: **وإن كره خصمه** ش: قال في الجواهر: ويجوز التوكيل بالخصومة في الإقرار والإنكار برضا الخصم وبغير رضاه في حضور المستحق وفي غيبته. انتهى.

فرع: قال في الجواهر أيضا: وكما لا يفتقر إلى حضور الخصم في عقد الوكالة لا يفتقر إلى حضوره في إثباتها عند الحاكم. انتهى. بل قال في الذخيرة: ولو قال وكلتك لمخاصمة خصم جاز وإن لم يعينه لأن المخاصمة لا تعلم غايتها فاعتبر جنسها خاصة. انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته: مسألة :

الحديث ....

2535 *- في المطبوع والشيخ140 أنشبت وما بين المعقوفين من م67 وسيد32 يحيى80.

2536 – في المطبوع وقال ابن عرفة في ويحيى80 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 183 وم67.

2537 *- في المطبوع على بقاء وما بين المعقوفين من يحيى80.

2538 – في المطبوع سنيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 184 (وفي م67 ويحيى81 ولو طالت سنينه).

نص خليل ....

متن الحطاب وليس في التوكيل إعذار ولا آجال، وفي أحكام ابن زياد فيمن طلب أن يعذر إليه في توكيل خصمه قال: لم [نر[2539]] أحدا من القضاة [ولا من غيرهم[2540]] من السلاطين ضرب [لأحد[2541]] أجلا في توكيل، وإنما السيرة عند القضاة أن يثبت التوكيل عندهم ثم يسمع من الطالب وينظر فيما جاء به، فأما إذا دعا إلى أن يؤجل في المدفع أجله ثلاثة أيام ونحوها. انتهى. ونقله ابن عرفة، ونصه في أحكام ابن زياد: فيمن طلب أن يعذر إليه في توكيل خصمه السيرة أن يثبت الوكالة ثم ينظر في المطلب. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون إثر كلام ابن زياد المتقدم: وقال ابن الهندي في وثائقه والإعذار إلى الموكل من تمام الوكالة وإن لم يعذر إليه جاز. قال ابن عتاب: كان الإعذار [من الشأن[2542]] القديم ثم ترك. قال ابن بشير القاضي: وإنما ترك الإعذار من تركه في الوكالة لأنه لا بد أن يعذر إليه عند إرادة الحكم له أو عليه في آخر الأمر فاستغني عنه أولا. قال ابن سهل: وهذه نكتة حسنة. انتهى. وإنما أوجبوا الإعذار إليه لأنه مشهود عليه بالتوكيل وإذا ثبتت الوكالة ثبت للوكيل التصرف في مال الموكل وغير ذلك من وجوه التصرف. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضا قبل الكلام الأول، ونصه: المتيطي عن ابن الهندي: والإعذار إلى الموكل من تمام التوكيل، وإن لم يعذر إليه جاز. ابن عتاب: كان الشأن في القديم الإعذار ثم ترك قال: ويعذر أيضا في الموت والوراثة. ابن مالك: ولا بد من الإعذار للموكل، لأن الوكيل يقر على موكله ويلزمه. ابن بشير: إنما ترك الإعذار في الموت والوكالة لأنه لا بد أن يعذر إليه في آخر الأمر. قال أبو الأصبغ: هذه نكتة حسنة إذ لا بد للقاضي أن يقول للخصمين أبقيت لكما حجة؟ انتهى.

تنبيه: قال ابن بطال في كتاب المقنع: ويوكل على الخصام عند القاضي إن شاء، وحيثما وكل فهو جائز إذا ثبت ذلك عند الحاكم، وقال حسين بن عاصم عن ابن القاسم في الشهود على الوكالة لا يكونون إلا عدولا ويحتاط فيهم بما يحتاط في الشهود على غير الوكالة، وما سمعت أحدا أرخص في ذلك. انتهى. وأما وكالة الفاسق فتصح كما يؤخذ/ ذلك من قول صاحب الذخيرة: يحصل الإبراء بالدفع للوكيل الفاسق، وسيأتي كلامه عند قول المصنف: "ولو قال غير المفوض قبضت. 185

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن زرب: إذا وقع التوكيل عند حاكم وصرح الموكل في التوكيل باسم الحاكم لم يكن له التكلم عند حاكم غيره، وإن كان التوكيل مجملا فله أن يخاصمه حيث شاء. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: ومن عزل وكيله فأراد الوكيل أن يتوكل لخصمه فأبى الأول لما اطلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فلا يقبل منه قوله ويتوكل له من كتاب الاستغناء. انتهى. زاد

الحديث ....

[2539] *- في المطبوع والشيخ141 وسيد32 ير وما بين المعقوفين من م67 ويحيى81.

[2540] *- في المطبوع والشيخ141 ومن غيرهم وما بين المعقوفين من يحيى81 وسيد32 وفي م67 ولا غيرهم.

[2541] *- في المطبوع والشيخ141 لأحدهم وما بين المعقوفين من م67 ويحيى81 وسيد32.

[2542] - في المطبوع بالشأن والشيخ141 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 184 وم67 ويحيى81.

نص خليل لاَ إِنْ قَاعَدَ خَصْمَهُ كَثَلاَثٍ إِلاَّ لِعُذْرٍ وَحَلَفَ فِي كَسَفَرٍ.

متن الحطاب في شرحه على ابن الحاجب، وينبغي أن لا يمكن من الوكالة لأنه صار كعدوه، ولا يوكل عدو على عدوه. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: ولا تجوز الوكالة [على[2543]] المتهم [بدعوى[2544]] الباطل ولا المجادلة عنه. قال ابن العربي في أحكام القرآن في قوله تعالى: ﴿ ولا تكن للخائنين خصيما ﴾ : إن النيابة عن المبطل المتهم في الخصومة لا تجوز بدليل قوله تعالى [لرسوله[2545]] صلى الله عليه وسلم: ﴿ واستغفر الله إن الله كان غفورا رحيما ﴾ انتهى. وفي المتيطية: وينبغي للوكيل على الخصومة أن يتحفظ بدينه وأن لا يتوكل إلا في مطلب [يغلب[2546]] فيه يقينه أن موكله فيه على حق، فقد جاء في جامع السنن عن عبد الله بن عمر [رضي الله عنهما[2547]] أنه قال: [من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد [حاد[2548]] الله في أمره، ومن توكل في خصومة لا علم له بها لم يزل في معصية الله حتى ينزع[1]] [وعن[2549]] علي رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر [رضي الله عنهما[2550]] على الخصومة، وقال إن للخصومة قحما؛ يعني اقتحام المهالك في الاحتجاج بما لا يصلح عند شدة الخصام. انتهى.

فرع: قال في المتيطية: وكره مالك [لذوي[2551]] الهيئات الخصومات. قال مالك: كان القاسم بن محمد يكره لنفسه الخصومة ويتنزه عنها، وكان إذا نازعه أحد في شيء قال له إن كان هذا الشيء لي فهو لك، وإن كان لك فلا تحمدني عليه. قال: وكان سعيد بن المسيب إذا كان بينه وبين رجل شيء لم يخاصمه، وكان يقول: الموعد يوم القيامة. قال مالك: من علم أن يوم القيامة يحاسب فيه على الصغير والكبير، ويعلم أن الناس يوفون حقوقهم، وأن الله عز وجل لا يخفى عليه شيء فليطب بذلك نفسا، فإن الأمر أسرع من ذلك، وما بينك وبين الدنيا وما فيها إلا خروج روحك حتى تنسى ذلك كله، حتى كأنك ما كنت فيه ولا عرفته. قال ابن شعبان: وقال مالك: المخاصم رجل سوء. وقال ابن مسعود: كفى بك [ظالما[2552]] أن لا تزال مخاصما، وقاله أبو الدرداء، وقالت عائشة رضي الله عنها قال النبي صلى الله عليه وسلم: {أبغض الرجال إلى الله الألد الخصِم[2]}. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: قال في وثائق ابن العطار: ولا يصلح للرجل أن يوكل أباه ليطلب له حقه؛ لأن ذلك استهانة بالأب.

ص: **لا إن قاعد خصمه كثلاث إلا لعذر وحلف في كسفر** ش: قال في المتيطية: وإذا خاصم الرجل عن نفسه، وقاعد خصمه أيضا ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما لم يكن له بعد ذلك أن يوكل

الحديث 1- أبو داوود في سننه كتاب الاقضية، رقم الحديث 3597، دار إحياء التراث العربي، ولفظه من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله ومن خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه ومن قال في مومن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخيال حتى يخرج مما قال.
2- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب التفسير، ج5 ص159.

2543 *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ ولعلها عن كما في التبصرة ج1 ص236.
2544 - في المطبوع يدعى وم68 ويحيى81 وسيد33 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185.
2545 - في المطبوع لرسول الله وما بين المعقوفين من يحيى وسيد32.
2546 - في المطبوع وم ويحيى وسيد يقبل وما بين المعقوفين من الشيخ142.
2547 - ساقطة من المطبوع وم68 ويحيى81 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185.
2548 - في المطبوع ضاد وم68 وهو الذي في رواية أبي داوود وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185 ويحيى81.
2549 *- الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م68 وسيد33 ويحيى81 والشيخ142.
2550 - ساقطة من المطبوع وم68 ويحيى81 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185.
2551 - في المطبوع لذي وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185 وم68 ويحيى81.
2552 *- في م68 ظلما.

نص خليل ....

متن الحطاب خصما يتوكل عنه إذا منعه من ذلك [صاحبه[2553]] إلا أن يمرض أو [يريد[2554]] سفرا ويعرف ذلك، ولا يمنع الخصمان من السفر ولا من أراده منهما، ويكون له أن يوكل عند ذلك. قال ابن العطار: وتلزمه حينئذ اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل غيره، فإن نكل عن اليمين لم يبح له توكيل غيره إلا أن يشاء خصمه ذلك، وقال ابن الفخار لا يمين عليه، ويكون له أيضا أن يوكل إذا شاتمه خصمه وأحرجه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه. قال ابن الفخار: فإن حلف أن لا يخاصمه دون عذر يوجب اليمين لم يكن له أن يوكل. انتهى كلامه بلفظه. وهو حاو لما قاله المصنف، وقال ابن عرفة في مسألة التوكيل للسفر بعد أن ذكر القولين: قلت: الأظهر أنها كأيمان التهم. وقال في المسألة الثانية: قلت:

186 في عطف [أحرجه على شاتمه[2555]] بالواو أو بأو اختلاف نسخ./ انتهى. وقول المصنف: "كثلاث" يعني فأكثر، وانظر قوله: "في كسفر" ما مثل السفر.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: من وكل ابتداء ضررا لخصمه لم يمكن من ذلك. انتهى.

فرع: قال فيها أيضا: قال محمد بن لبابة: كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة، ولا يحل إدخال اللدد على المسلمين. قال ابن سهل: والذي ذهب إليه الناس في القديم والحديث قبول الوكلاء إلا من ظهر منه تشغيب ولدد فذلك يجب على القاضي إبعاده وأن لا يقبل له وكالة على أحد. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: والوكالة على الخصام لمرض الموكل أو سفره أو كونه امرأة لا يخرج مثلها جائزة اتفاقا. المتيطي: وكذا [لعذر[2556]] يشغل الأمير أو خطة لا يستطيع مفارقتها كالحجابة وغيرها، وفي جوازها لغير ذلك، ثالثها للطالب لا للمطلوب للمعروف مع قول المتيطي: هو الذي عليه العمل، ونقله عن سحنون في رسالته إلى محمد بن زياد قاضي قرطبة وفعله، وعلى المعروف في جوازها مطلقا أو بعد أن ينعقد بينهما ما يكون من دعوى [و[2557]]إقرار نقلا ابن سهل قائلا: وذكر ابن العطار أن له أن يوكل قبل المجاوبة [إن[2558]] كان الموكل حاضرا، والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك، لأن اللدد فيه ظاهر ومراده أن [يحدث ما[2559]] فيه تشغيب. انتهى. ونص كلام ابن سهل: ومن المحاضر لابن حارث: وإن أراد الخصمان أو أحدهما في أول مجلس جلسا فيه التوكيل ففيه اختلاف، من الفقهاء من يرى ذلك لهما أو لأحدهما، ومثله لابن العطار، ومنهم من لا يرى ذلك إلا بعد أن ينعقد بين المدعي والمدعى عليه ما يكون من كل واحد منهما من الإقرار والإنكار ثم يوكل بعد من شاء منهما وهو الصحيح. انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته: مسألة: وإذا ادعى الرجل على خصمه عند

الحديث ....

2553 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185 وم68 ويحيى81 والشيخ143.

2554 – في المطبوع يسافر والشيخ143 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 185 وم68 ويحيى81.

2555 *– في المطبوع شاتمه ىعلى أحرجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص185.

2556 *– في المطبوع العذر وما بين المعقوفين من يحيى82 والشيخ143.

2557 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 186 وم68 ويحيى82 والشيخ143.

2558 – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 186 وم68 ويحيى82 والشيخ143.

2559 – في المطبوع عنه وم68 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 186 ويحيى82.

نص خليل وَلَيْسَ لَهُ حِينَئِذٍ عَزْلُهُ وَلاَ لَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ.

متن الحطاب الحاكم فهل للمدعى عليه أن يوكل قبل أن يجيب عن تلك الدعوى بإقرار أو إنكار؟ فقيل إنه لا يمكن من التوكيل حتى يجيب، فإن لم يجب حمله الحاكم على الجواب بالأدب. قال ابن الهندي: وقول من قال إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصح، لأنه قد أجيز للحاضر أن يوكل. قال ابن سهل: والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك؛ لأن اللدد فيه ظاهر، وقال ابن العطار له أن يوكل قبل المجاوبة إذا كان الوكيل بالحضرة فيجاوب عنه، فإن لم يوكل فإنه يقال له بعد الأدب قل الآن ما كنت تأمر به وكيلك أن [يقوله[2560]] عنك، فإن أبى علم أنه ملد. انتهى. وكلام المتيطية أتم، ونصه: وإذا سأل الخصمان أو أحدهما القاضي في أول مجلس تقدما إليه أن يوكل كل واحد منهما من يتكلم عنه في الدعوى والإقرار والإنكار فقال ابن حارث في محاضره: [في[2561]] ذلك اختلاف من رأي الفقهاء وعمل القضاة، فمنهم من يرى ذلك لهما أو لأحدهما، ومنهم من لا يراه إلا بعد أن ينعقد بين الخصمين ما يكون من كل واحد منهما من الدعوى والإقرار والإنكار، ثم يوكل من شاء منهما. قال ابن الهندي: والذي جرى عليه العمل أن يقر أو ينكر في مجلسه إذا كان ما وقف عليه قريب المعنى يتبادر فهمه في وقته ثم يوكل، فإن أبى أن يتكلم حمل عليه القاضي الأدب حتى يتكلم. قال: وقول من قال إن له أن يوكل قبل الإقرار والإنكار أصح، [لأنه[2562]] قد أجيز للحاضر التوكيل، فإذا أجيز للحاضر التوكيل فخصمه مكانه. قال القاضي أبو الأصبغ: والصحيح عندي أن لا يمكن من ذلك؛ لأن اللدد فيه ظاهر، والمراد منه أن يحدث كلاما يكون فيه تشغيب على صاحبه، ثم ذكر كلام ابن العطار الذي ذكره ابن فرحون في آخر كلامه. ثم قال: والظاهر أن مرادهم بهذا إذا لم يوكلا في أول الأمر حتى حضرا عند القاضي، أما لو وكلا أولا فلا كلام في ذلك، والظاهر أيضا أن مرادهم ما لم يجلسا ثلاثة مجالس عند الحاكم. انتهى. [والله أعلم.[2563]]

187 ص: **وليس له حينئذ عزله** ش: يعني ليس للموكل عزل وكيله بعد/ مناشبته للخصام ومقاعدة خصمه ثلاثا، ومفهوم ذلك أن له عزله قبل ذلك، وهو كذلك إذا أعلن بعزله وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلام الوكيل بذلك، وأما إن عزله سرا فلا يجوز عزله، ويلزمه ما فعله الوكيل وما أقر به عليه إن كان جعل له الإقرار. قاله ابن رشد وابن الحاج في نوازلهما، ونص كلام ابن رشد على ما نقله ابن فرحون في الفصل السادس في أحكام الوكالة: سئل ابن رشد عن الوكيل إذا قيدت عليه مقالة بإقراره على [موكله[2564]] الذي وكله، فلما طلب ذلك الإقرار استظهر موكله بعزلة عزله إياها قبل الإقرار المذكور دون أن يعلم الوكيل شيئا من ذلك هل يسقط الإقرار المذكور أم لا؟ فأجاب: ما [تقيد[2565]] على الوكيل لازم لموكله، إلا أن يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلا أعلن به وأشهد عليه

الحديث

[2560] – في المطبوع يقر له وما بين المعقوفين من سيد33 ويحيى82.

[2561] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 186 وم68 ويحيى82 والشيخ144.

[2562] – في المطبوع إنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 186 وم68 ويحيى82.

[2563] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 186 وم68 ويحيى82 والشيخ144.

[2564] – في المطبوع وكيله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 187 وم68 ويحيى82 والشيخ144.

[2565] *– في المطبوع يقيد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م68 وسيد33.

ص خليل ....

متن الحطاب ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه، وأما بعد مناشبة الخصام أو قبله سرا فلا يجوز عزله. انتهى. فظاهره ولو أشهد في السر بعزله وهو كذلك، بل الظاهر أن فرض المسألة إنما هو مع إشهاده سرا، وأما لو لم يشهد وإنما كان قوله فقط فلا يلتفت إليه وهو كذلك، وبقية الجواب في نوازله ما نصه: إذ لا يجوز لمن وكل وكيلا على الخصام أن يعزله بعد أن ناشب خصمه في الخصام وقاعده فيه ولا قبل ذلك سرا، إذ لو جاز ذلك لم يشأ أحد أن يوكل وكيلا [على[2566]] المخاصمة عنه ويشهد في السر على عزله إلا فعل ذلك، فإن قضي له سكت، وإن قضي عليه قال قد كنت عزلته. قال القاضي أبو الوليد هذا الذي أقول به ولا يصح سواه على أصولهم، فلا يلتفت إلى ما يؤثر في ذلك من خلاف. انتهى. وقال قبله: لا يلزم اليتيم إقرار وكيل وصيه عليه إلا بما يلزمه فيه إقرار الوصي [مما يجوز[2567]] له فعله ابتداء، فإن وكله على الإقرار عليه فيما سوى ذلك لم يلزمه، وما يقيد على وكيل الخصام من المقالات لازم لمن وكله ما لم يعزله عند الحاكم الذي وكله عنده على الخصام. انتهى.

ونص كلام ابن الحاج: إذا وكل رجل رجلا في مجلس القاضي على أن يبيع عليه ويفاصل في بلد آخر، فذهب الوكيل بالتوكيل إلى ذلك البلد ففاصل وباع، ثم إن الموكل استظهر بأنه عزله بعد أن وكله فلا يلتفت إلى هذه العزلة وينفذ عليه ما عمله الوكيل، إلا أن يعلن بعزلته أو يعزله في مجلس القاضي فلا يمضي عليه فعله؛ لأن عزله في السر من الخدعة والقصد إلى الغش فلا يلتفت إليه ولا يعمل به.انتهى من ابن سلمون. وهذا كله إنما هو على أحد المشهورين أنه ينعزل قبل علمه بعزله، وأما على القول الثاني أنه لا ينعزل قبل علمه، وإنما ينعزل بعد علمه بالعزل فلا إشكال في عدم انعزاله بعزله سرا، ويبين هذا قول المصنف في التوضيح [في[2568]] قول ابن الحاجب: ومهما شرع في الخصومة فلا ينعزل ولو بحضورهما قال لما ذكر العزل وأفهم كلامه أن للموكل العزل بَيَّنَ هنا أنه مشروط بأن لا يتعلق بالوكالة حق للغير.انتهى. ونحوه في الذخيرة أو أصرح منه، وفي كتاب الرهون من الذخيرة عن الجلاب: إذا وكلت وكيلا في بيع رهن ليس لك عزل الوكيل إلا برضا المرتهن، لأن القاعدة أن الوكالة عقد جائز من الجانبين ما لم يتعلق بها حق للغير، وفي المبسوط: لك العزل كسائر الوكالات. انتهى. وقال في المنتقى: فإذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل في بيع الرهن فحكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له عزله إلا بإذن المرتهن، وقال القاضي أبو إسحاق له ذلك. اهـ. ثم قال في التوضيح:

فرع: واختلف إذا وكله على بيع سلعة أو اشترائها [وسمى[2569]] له شخصا معينا هل له أن يعزله كما لو أطلق أو لا؟ على قولين. المازري: وعدها الأشياخ من المشكلات [قال:[2570]] والأصح عندي في

الحديث ....

2566 - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 187 وم69 ويحيى82 والشيخ144.

2567 *- في المطبوع مما لا يجوز وما بين المعقوفين من يحيى82 وسيد33 وم69.

2568 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 187 وم69 ويحيى83 والشيخ145.

2569 *- في المطبوع وم69 ويحيى83 والشيخ145 وسيد33 أو سمى وما بين المعقوفين من التوضيح ص106 ج3.

2570 *- ساقطة من المطبوع وم69 ويحيى83 وسيد33 والشيخ145 وقد وردت في التوضيح ج3 ص106.

نص خليل ....

متن الحطاب 188

ذلك إن عين له المشتري وسمى له الثمن، وقال له شاورني أن له عزله وإن لم يسم له الثمن ولا قال له شاورني فهذا موضع الإشكال والاضطراب، واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها فهل له/ أن يعزله؟ فرأى اللخمي وعبد [الحق[2571]] وغيرهما أنه ليس له ذلك قالوا بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته فإن فيه قولين، ورأى غيرهم أنه يختلف فيه كالطلاق، واستشكل المازري الطريقة الأولى لأنه لا منفعة للموكل في هذه الوكالة، فكان الأولى أن يكون له عزله إلا أن يقال لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزاما لا يصح له الرجوع عنه. انتهى. وما ذكره المؤلف من أنه إذا وكله على الخصام ليس له عزله بعد مناشبة الخصام، ومقاعدة خصمه ثلاثا هو أحد الأقوال الخمسة. قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام شيوخ أهل المذهب وما في ذلك من الخلاف: ففي منع العزل بمجرد انتشاب الخصام أو بمقاعدته ثلاثا، ثالثها بعد مقاعدته مقاعدة يثبت فيها الحكم، ورابعها ما لم يشرف على تمام الحكم، وخامسها على الحكم لابن رشد مع اللخمي والمتيطي عن المذهب وله عن أحد قولي أصبغ وثانيهما ومحمد. انتهى.

تنبيهات: الأول: ما ذكره من أن ليس له عزله بعد مناشبة الخصام ومقاعدة خصمه ثلاثا إنما هو إذا لم يظهر منه غش أو تدخيل في الخصومة وميل مع المخاصم له، وإن ظهر منه ذلك فله عزله ولو بعد مناشبته للخصام. قال ابن فرحون في تبصرته: للموكل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة، فإن كان الوكيل قد ناشب خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر لم يكن له عزله إلا أن يظهر منه غش أو تدخيل في خصومته وميل مع المخاصم له فله عزله، وكذلك لو وكله بأمر فظهر غشه كان عيبا، وله أن يفسخ الوكالة. انتهى. ونحوه في شرحه لابن الحاجب. وقال ابن عرفة: قال المتيطي: وإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع الخصم أو مرض فلموكله عزله. انتهى.

الثاني: مفهوم كلام المصنف أن الوكالة لو كانت في غير الخصام لكان للموكل عزله وللوكيل عزل نفسه وهو كذلك. قال ابن عرفة: ولابن رشد: للموكل عزل وكيله، وللوكيل أن [ينحَلَّ[2572]] عن الوكالة متى شاء أحدهما اتفاقا إلا في وكالة الخصام فليس [لأحدهما ذلك بعد[2573]] أن انتشب الخصام، والمفوض إليه والمخصوص سواء. انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته: وإن كانت الوكالة بغير عوض فهي معروف من الوكيل يلزمه إذا قبل، وللموكل عزله متى شاء إلا أن تكون الوكالة في الخصام، ويجوز للوكيل في غير الخصام أن يعزل نفسه متى شاء من غير اعتبار رضا موكله إلا أن يتعلق به حق لأحد ويكون في عزله نفسه إبطال لذلك الحق فلا يكون له ذلك لأنه قد تبرع بمنافعه. انتهى. وقال قبله: وإن كانت بعوض فهي إجارة تلزمهما بالعقد، ولا يكون لواحد التخلي، وتكون بعوض مسمى وإلى أجل مضروب وفي عمل معروف. انتهى. وأصله لابن رشد، وقد صرح المصنف بهذا المفهوم في آخر هذا الباب بقوله:

الحديث ....

[2571] – في المطبوع الحميد وما بين المعقوفين من ن عدود ص188 والشيخ145 وفي نسخة من التوضيح مثل ما في المطبوع.

[2572] *– في المطبوع ينخل وما بين المعقوفين من ن عدود ويحيى83 وسيد33 والشيخ146 وم69.

[2573] – في المطبوع لأحدهما بعد ذلك وما بين المعقوفين من سيد33 وم69 ويحيى.

نص خليل: وَلاَ الإِقْرَارُ إِنْ لَمْ يُفَوِّضْ لَهُ أَوْ يَجْعَلْ لَهُ وَلِخَصْمِهِ اضْطِرَارُهُ إِلَيْهِ.

متن الحطاب: "وهل لا تلزم، أو إن وقعت بإجارة أو جعل [فكهما، وإلا لم تلزم؟[2574]] تردد". وانظر التوضيح في قول ابن الحاجب: "والوكالة بأجرة لازمة كالإجارة" فإنه أشبع الكلام في ذلك.

الثالث: قال في النوادر في آخر كتاب الصدقات والهبات: ومن كتاب ابن المواز: ومن له على رجل غائب دينار وخمسة دراهم فآجر رجلا في تقاضيه [بالخمسة[2575]] الدراهم، وقال له فإذا قبضت ذلك فتصدق بالدينار، فلما قدم كلمه فدفع إليه بلا مؤنة ولا خصومة قال يتصدق بالدينار ويرسل بالخمسة دراهم إلى ربها. انتهى.

ص: **ولا الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل** ش: يعني أنه ليس للوكيل الإقرار على موكله ولو وكله على الخصام إلا أن يكون الوكيل مفوضا إليه، أو يكون قد جعل له موكله أن يقر عنه، ونص له على ذلك. قال في التوضيح: المعروف من المذهب أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجعله إليه، ولو أقر لم يلزمه، وقال ابن عرفة:/ وفي نوازل أصبغ أن الوكالة على الخصام فقط لا تشمل صلحا ولا إقرارا، ولا يصح من الوكيل أحدهما إلا بنص من موكله عليه، ولم يذكر فيه ابن رشد خلافا. انتهى. ثم قال في التوضيح عن الكافي: وهذا في غير المفوض، ونقله ابن عرفة أيضا عن الكافي، وقال في المدونة في كتاب الشفعة: ولك أن توكل من يأخذ بالشفعة حضرت أو غبت، ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض إليه في الأخذ والترك، ولو أقر الوكيل أنك سلمتها فهو كشاهد يحلف معه المبتاع، فإن نكل حلفت أنت وأخذت، فإن أقام الوكيل بينة أن فلانا الغائب وكله على طلب شفعته في هذه الدار مكن من ذلك. انتهى. وفي كتاب الشفعة من النوادر: وإذا وكلته على طلب شفعة فسلم الوكيل [فأما[2576]] المفوض إليه [فذلك[2577]] يلزمك، وإن لم يكن مفوضا لم يلزمك. [قاله[2578]] ابن القاسم وأشهب. قالا: وإن أقر بتسليمك فهو شاهد يحلف معه المبتاع ويلزمك، فإن نكل حلفت أنت وبرئت. قيل لأشهب فيطلب لي شفعتي وقد شهد علي بالتسليم؟ قال: لا ينبغي للوكيل أن يطلب لك شفعة يزعم أن طلبها لا يجوز، فإن تمادى فليسمع منه الإمام ويقضي [بها.[2579]]

189

تنبيهان: الأول: ذكر المصنف في التوضيح وابن عرفة عن الكافي أنه قال فيه عن ابن خويز منداد: اتفق العلماء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم لي أنه لا يلزمه. قال ابن عرفة: وقبله ابن عات، وقال قبله: وفي نوازل أصبغ تصح الوكالة على الإقرار نصا، ولم يحك ابن رشد فيه خلافا. ثم قال: وظاهر قول ابن عبد السلام إثر نقله قول أصبغ هذا معروف المذهب، وقال أبو عمر: قال ابن خويز منداد إلى آخر كلام ابن خويز منداد المتقدم أنه خلاف، والأظهر أنه ليس بخلاف، لأن مسألة أصبغ نص فيها على توكيله على الإقرار عليه، وهو ملزوم لجعله قوله ومسألة ابن خويز منداد إنما صدر منه

الحديث

....

[2574] – في المطبوع فلهما وإلا لم يلزم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم69 والشيخ146.
[2575] *– في المطبوع الخمسة وما بين المعقوفين من عدود والشيخ146 وسيد33.
[2576] *– في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من م69 والشيخ146 ويحيى84.
[2577] – في المطبوع بذلك والشيخ146 وما بين المعقوفين من ن ذي ص189 وم69 ويحيى84.
[2578] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن ذي ص189 وم69 والشيخ146.
[2579] – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن ذي ص189 وم70 والشيخ146.

نص خليل قَالَ وَإِنْ قَالَ أَقِرَّ عَنِّي بِأَلْفٍ فَإِقْرَارٌ لاَ فِي كَيَمِينٍ.

متن الحطاب أن ما أقر به فهو لازم فصار ذلك كقوله ما شهد به علي فلان حق، وهذا لا يلزمه حسبما يذكره في موضعه. انتهى. وما قاله ظاهر. والله أعلم.

الثاني: إنما يلزم الموكل إقرار الوكيل فيما كان من معنى الخصومة التي وكله عليها على الأصح. قال ابن عرفة عن المتيطي: قال فقهاء طليطلة: من وكل على طلب حقوقه والمخاصمة عنه والإقرار والإنكار [فأقر أن[2580]] [موكله وهب[2581]] داره لزيد أو قال لفلان على [موكلي[2582]] مائة دينار أن ذلك لازم لموكله، وأنكره ابن عتاب وغيره وقال إنما يلزم إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التي وكل عليها. قال القاضي أبو الأصبغ بن سهل: وهذا هو الصحيح عندي، واستدل بقول ابن القاسم في كتاب الشفعة: من وكل على قبض شفعته فأقر الوكيل أن موكله سلمها فهو شاهد. قال ابن عرفة مضعفا لاستدلاله بمسألة الشفعة: لا يلزم من لغو إقرار الوكيل على الشفعة لغو إقرار من جعل له الإقرار لعدم صدق الأخذ بالشفعة على إقراره بإسقاطها وصدق مطلق الإقرار على الإقرار بالهبة. انتهى.

قلت: لا شك أن ما قاله ابن عتاب هو الظاهر، وأن أخذه من مسألة الشفعة ضعيف، لكن يؤخذ مما سيأتي من أن الوكالة تتخصص وتتقيد بالعرف، ولا شك أن العرف قاض بأن من وكل على المخاصمة وجعل لوكيله الإقرار والإنكار إنما أراد الإقرار فيما هو من معنى الخصومة التي وكل فيها فتأمله. والله أعلم.

ص: [قال[2583]] **وإن قال أقرعني بألف فإقرار** ش: هكذا نقل ابن شاس عن المازري، وكلام المازري ليس صريحا في ذلك، ونصه على ما نقل ابن عرفة: المازري: لو قال للوكيل أقر [عني[2584]] لفلان بألف درهم ففي كونه إقرارا من الآمر وجهان للشافعية، والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله أقر عني فأضاف قول الوكيل لنفسه، وقد قال أصبغ من وكل رجلا وجعله في الإقرار عنه كنفسه فما أقر به الوكيل يلزم به موكله، وظاهره أنه يقول كذلك في أقر عني، [وقول[2585]] ابن عبد السلام ليس فيما [ذكره[2586]] من قول أصبغ كبير شاهد يرد بأنه/ محض دعوى من غير دليل في مقابلة مستدل عليه، واستشهاد المازري واضح؛ لأنه لا فرق بين أمر الموكل وكيله بفعل شيء وبين جعله ذلك الأمر بيده كقوله بع هذا الثوب أو جعلت بيعه بيدك. هذا إن حملنا قول المازري على أن قول الوكيل ذلك كقول الموكل، فيكون حاصله لزوم إقرار الوكيل لموكله ما وكله على الإقرار به عنه، وهو ظاهر قوله: والظاهر أن ما نطق به الوكيل كالنطق من الموكل لقوله أقر عني، وإن حملناه على ما فهمه ابن شاس منه أن قوله أقر عني بكذا إقرار منه بذلك صح قول ابن عبد السلام: وليس فيما ذكره كبير شاهد. والله أعلم.

190

الحديث

[2580] – في المطبوع فإقرار وما بين المعقوفين من يحيى وسيد33.
[2581] – في المطبوع موكله بأن وهب وما بين المعقوفين من يحيى وسيد33 وم70.
[2582] – في المطبوع موكله وما بين المعقوفين من م70 ويحيى وسيد33.
[2583] – ساقطة من المطبوع والشيخ147 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 189 وم70 ويحيى84.
[2584] *– في المطبوع عيني وما بين المعقوفين من ن عدود ص189.
[2585] *– في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد34 وم70 ويحيى85.
[2586] – في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ن ذي ص189 وم70 ويحيى85 والشيخ147.

نص خليل: وَمَعْصِيةٍ كَظِهَارٍ بِمَا يَدُلُّ عُرْفًا لاَ بِمُجَرَّدِ وَكَّلْتُكَ.

متن الحطاب: ص: ومعصية ش: قال ابن الحاجب: الوكالة نيابة فيما لا [تتعين[2587]] فيه المباشرة. ابن عرفة: وأبطله ابن هارون بالنيابة في المعاصي كالسرقة والغصب وقتل العدوان، وغره في ذلك قول ابن شاس: ولا تصح في المعاصي كالسرقة وقتل العمد العدوان، ويرد بمنع [صادقية[2588]] النيابة على ذلك؛ لأن الاستقراء والاستعمال يدل على أن شرط النيابة استحقاق جاعلها فعل ما وقعت النيابة فيه.انتهى. وانظر هذا مع قوله إن الوكالة تعرض لها الحرمة ومثله بالبيع الحرام فتأمله.

ص: بما يدل عرفا ش: اعلم أن أركان الوكالة أربعة: الموكل، والوكيل، وقد تقدم الكلام على شروطهما في باب الشركة عند قول المؤلف: "وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل"، والثالث ما فيه التوكيل، وقد أشار إليه المؤلف بقوله: "في قابل النيابة"، والرابع الصيغة، وأشار إليها المصنف بقوله: "بما يدل عرفا" وهو متعلق بقوله أول الباب صحت الوكالة، والمعنى أن الوكالة تصح وتنعقد بكل ما دل عليها في العرف، ولا يشترط لانعقادها لفظ مخصوص. قال في اللباب: من أركان الوكالة الصيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على معنى التوكيل انتهى. وقال ابن الحاجب: المعتبر الصيغة أو ما يقوم مقامها. قال في التوضيح: إن المعتبر في صحة الوكالة الصيغة كقوله وكلتك أو أنت وكيلي أو ما يقوم مقامه من قول أو فعل كقوله تصرف عني في هذا أو كإشارة الأخرس ونحوه. انتهى.

قلت: وهذا من جانب الموكل، ولا بد أن يقترن به من جانب الوكيل ما يدل على القبول ويطلب فيه أن يكون على الفور. قال في اللباب إثر كلامه المتقدم: ولا بد من قبول التوكيل، فإن تراخى قبوله [بالزمان[2589]] الطويل [فيتخرج[2590]] فيه قولان من الروايتين في المملكة والمخيرة في المجلس قبل الاختيار.انتهى. وأصله للمازري، ونقله في الجواهر ونقله في الذخيرة، وزاد فيه عن الجواهر عن المازري. قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى العادة هل المقصود من هذا اللفظ جوابه/ على الفور أم لا؟ 191

وقال ابن عرفة: قال ابن شاس: ولا بد في الصيغة من القبول، فإن وقع بالفور فواضح، وإن تأخر ففي لغوه قولان على الروايتين في لغو التخيير بانقضاء المجلس. المازري: التحقيق الرجوع لاعتبار المقصود والعادة هل المراد من اللفظ استدعاء الجواب عاجلا أو ولو كان متأخرا؟ انتهى. ونحوه في التوضيح، وهذا الذي ذكرناه في تفسير كلام المصنف هو الظاهر، وعليه حمله البساطي، وحمله الشارح على معنى آخر وهو أن يكون الموكل فيه معلوما بالعرف، وهذا مستغنى [عنه بقوله بعد: بل[2591]] حتى يفوض، ثم قوله: "أو يعين بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف". قال البساطي: وألجأ الشارح إلى ذلك قول المصنف: "لا بمجرد وكلتك" فإنه ظاهر فيما قال، ويمكن حمل هذا على معناه مع حمل الأول على

الحديث ....

2587 *- في المطبوع والشيخ147 يتعين وما بين المعقوفين من م70 وسيد34 ويحيى85.

2588 *- في المطبوع والشيخ147 صدقية وما بين المعقوفين من يحيى85 وسيد34.

2589 - في المطبوع بالتوكيل وما بين المعقوفين من ن ذي ص190 وم70 ويحيى85 والشيخ148 وفي سيد34 بالزمن.

2590 *- في المطبوع فيخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ148 وسيد34 ويحيى85 وم70.

2591 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم70 ويحيى85 والشيخ148.

نص خليل بَلْ حَتَّى يُفَوِّضَ فَيَمْضِي النَّظَرُ إلاَّ أَنْ يَقُولَ وَغَيْرَ نَظَرٍ إلاَّ الطَّلاَقَ وَإِنْكَاحَ بِكْرِهِ وَبَيْعَ دَارِ سُكْنَاهُ وَعَبْدِهِ.

متن الحطاب ما قلناه، والتقدير وصحت الوكالة بلفظ يدل [عليها[2592]] عرفا، وليس مطلق ما يدل عليها كافيا في ذلك؛ إذ قد يصدق المطلق مع التفويض والتعيين، والأعم لا يدل على الأخص. انتهى بعضه بالمعنى.
ويحتمل أن يكون أراد بقوله: "بما يدل عرفا" أي بما يدل على الوكالة وعلى الموكل فيه لأنه يصح أن يتعلق بالركن الثالث -أعني الموكل فيه- كما فعله صاحب الجواهر وصاحب الذخيرة، ويصح أن يتعلق بالركن الرابع الذي هو الصيغة، ويكون المعنى وتصح الوكالة بما يدل عرفا على الوكالة وعلى الشيء الموكل فيه، ولهذا عقبه بقوله: "لا بمجرد وكلتك" فهذا يدل على ما قلناه فتأمله. والله أعلم.
تنبيهات: الأول: قال البساطي في شرح كلام المصنف: يعني ليس للوكالة صيغة خاصة، بل كل ما دل لغة أو عرفا فإنها تنعقد به، فإن خالف العرف اللغة فالمعتبر العرف. انتهى. وهو راجع لما قلناه من أن المعتبر العرف. والله أعلم.
الثاني: من العرف في الوكالة الوكالة بالعادة كما إذا كان ربع بين أخ وأخت وكان الأخ يتولى كراءه وقبضه سنين متطاولة فالقول قوله أنه دفعه لأخته. قال ابن ناجي عن بعض شيوخه: لأنه وكيل بالعادة، وسيأتي كلامه برمته عند قول المصنف: "وصدق في الرد كالمودع" وتصرف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي. قاله مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات ورسم البز من سماعه من كتاب المديان.
الثالث: عد بعضهم أركان الوكالة ثلاثة، وجعل الوكيل والموكل ركنا واحدا منهم المشذالي، ونصه: وأركان الوكالة ثلاثة: العاقدان والمعقود عليه والصيغة، فالعاقدان الوكيل والموكل، وشرط الموكل جواز تصرفه فيما وكل عليه، فيصح من الرشيد مطلقا، ومن المحجور في الخصومة. انتهى.
الرابع: تقدم في باب الشركة عند قول المصنف: "وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل" أن وكالة العبد المأذون له جائزة، وفي توكيل الأجنبي غير المأذون له طريقان.
فرع: قال في النوادر في كتاب العتق الرابع في ترجمة عتق عبده على مال: وإذا وكل السيد عبده لزمته الوكالة وإن لم يقبل.انتهى.
ص: بل حتى يفوض فيمضي النظر إلا أن يقول وغير نظر إلا الطلاق وإنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده ش: قال ابن الحاجب: الموكل فيه شرطه أن يكون معلوما بالنص أو بالقرينة أو بالعادة، فلو قال وكلتك لم يفد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر فلو قال بمالي من قليل وكثير مضى في جميع الأشياء إذا كان نظرا إلا أن يقول وغير نظر. [ابن عبد السلام:[2593]] قد ذكر المصنف أن إطلاق التوكيل لا يفيد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر، وهذا الفرع مثال للتفويض، وشرط فيه المصنف وغيره أن يكون تصرفه على وجه النظر، إلا أن يزيد في التعميم فيقول أو غير نظر وهذه هي التي للإباحة وبها يتم تعميم الوكالة، وقد جرى عمل الناس عندنا في هذه الجهات أنه يتصرف الوكيل

الحديث ....

2592 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 ويحيى85 والشيخ148.
2593 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم71 ويحيى86 والشيخ149.

نص خليل ....

متن الحطاب 192

المفوض إليه في كل شيء مع وجود هذا القيد الذي ذكره المصنف إلا في بيع دار سكنى موكله وطلاق زوجته. انتهى. ونقله في التوضيح، ويعلم من هذا أن/ قول المصنف: "إلا الطلاق" وما بعده مستثنى من قوله: "وغير نظر"، وجعلها ابن فرحون في شرح ابن الحاجب تبعا لابن راشد وغيره مستثناة من مطلق الوكالة المفوضة، وهو صحيح لأنها إذا استثنيت منها مع وجود هذا القيد فيها فأحرى أن تستثنى مع عدمه، لكن لا يصح ذلك في كلام المصنف لأنا إذا جعلناها مستثناة من قوله: "فيمضي النظر" اقتضى قوله بعده: "إلا أن يقول وغير نظر" أنه إذا ذكر هذا القيد لا تكون مستثناة وإنما تمضي، وهو خلاف ما قاله ابن عبد السلام فتأمله.

تنبيهات: الأول: اعترض المصنف على ابن الحاجب في قوله: إلا أن يقول نظرا [أو[2594]] غير نظر فقال: شرط المصنف في تصرف الوكيل أن يكون نظرا لأنه معزول عن غيره بالعادة إلا أن يصرح له بذلك فيقول نظرا وغير نظر. خليل: وفيه نظر، إذ لا يأذن الشرع في السفه، فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحل لهما ذلك. انتهى. وذكر ابن عرفة أن ابن الحاجب تبع في ذلك ابن بشير وابن شاس، ثم اعترض عليهم فقال: مقتضى أصل المذهب منع التوكيل على غير وجه النظر لأنه فساد، وفي البيوع الفاسدة تقييد بيع التمر قبل بدو صلاحه إذا لم يكن فسادا، ونقل اللخمي عن المذهب منع توكيل السفيه. انتهى. وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب على خلاف ما فهمه المصنف وابن عرفة فقال إثره: هذا مثال لوكالة التفويض، ولفظ ما يقتضي العموم، [ومعناه[2595]] فلو قال وكلتك بما إليّ تعاطيه من بيع وشراء وطلاق وعتق وقليل الأشياء وكثيرها جاز فعل الوكيل في ذلك كله بشرط أن يكون على وجه النظر، وعكسه هو معزول عنه بالعادة، إلا أن يقول له افعل ما رأيت كان نظرا عند أهل البصر والمعرفة أو غير نظر، وليس مراده افعل ما شئت وإن كان سفها كما فهمه صاحب التوضيح. انتهى.

قلت: هذا الذي ذكره إنما يتم على القول بمنع توكيل السفيه، وهو أحد الطريقين في المسألة كما تقدم في باب الشركة، وأما على القول بجواز ذلك فيرجع ذلك إلى ما قاله في التوضيح، والحق أن النظر ها هنا في مقامين: أحدهما جواز التوكيل على هذا الوجه، والثاني مضي أفعال الوكيل وعدم تضمينه، فأما جواز التوكيل على هذا الوجه فإن أريد به الإذن بما هو سفه عند الوكيل فالظاهر أن ذلك لا يجوز، ولا ينبغي أن يتوقف في ذلك، وإن أريد به الإذن فيما يراه الوكيل صوابا وإن كان عند الناس سفها، فإن كان الوكيل معلوم السفه فكذلك لا يجوز، وإن كان على خلاف ذلك جاز، وأما مضي أفعال الوكيل وعدم تضمينه فالظاهر أن أفعاله ماضية، ولا ضمان عليه في شيء لأن الموكل أذن له في ذلك، وقد قالوا في كتاب الجراح فيمن أذن لإنسان في قطع يده فقطعها أنه لا قود عليه لإذنه له في ذلك فالمال أحرى، وهذا -والله أعلم- هو الذي أراده ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، بل هو المتبادر من قولهم مضى؛ أي وإن كان لا يجوز ذلك ابتداء فتأمله. نعم هنا وجه يمكن أن يحمل معه

الحديث ....

2594 *- في يحيى86 نظرا وغير نظر.

2595 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 192 وم71 ويحيى86 والشيخ150.

نص خليل ....

متن الحطاب كلامهم على الجواز ابتداء، وذلك أنه قال في كتاب الشركة من المدونة: وما صنعه مفوض إليه من شريك أو وكيل على وجه المعروف لم يلزم، ولكن يلزم الشريك في حصته ويرد صنيع الوكيل إلا أن يهلك ما صنع الوكيل فيضمنه الموكل. انتهى. فإذا كان الوكيل ممنوعا من التبرعات فيمكن أن يقال معنى قولهم يمضي النظر أي ما فيه مصلحة تعود بتنمية المال لا التبرعات كالعتق والهبة والصدقة، إلا أن يقول وكلتك وكالة مفوضة وأذنت لك أن تفعل جميع ما تراه وإن كان غير نظر أي ليس فيه مصلحة تعود بتنمية المال، وإن كان فيه مصلحة في نفس الأمر فتمضي التبرعات، ولا يقضى في هذه الأشياء أنها سفه أو فساد إلا ما تفاحش من ذلك وخرج عن الحد ولم يكن فاعله من أهل اليقين والتوكل فتأمله. والله أعلم.

193

الثاني: علم من كلام المدونة المتقدم أن الوكيل المفوض ممنوع/ من التبرع فأحرى غيره، وقال ابن عبد البر في كافيه ما نصه: وأما الوكيل المفوض إليه فله أن يقيل وأن يؤخر وأن يهضم الشيء على وجه النظر وينفذ فعله في المعروف والصدقة إذا كان لذلك وجه، وفعله كله محمول على النظر حتى يتبين خلاف ذلك، فإذا بان تعديه أو فساده ضمن، وما خالف فيه الوكيل المفوض إليه وغيره ما أمر به فهو متعد، ولموكله تضمينه إن شاء ذلك. انتهى.

قلت: ينبغي أن يحمل قوله: "وينفذ فعله في المعروف والصدقة إذا كان لذلك وجه" على أن المراد إذا كان لذلك وجه يعود بتنمية المال كما قالوا في الشريك إن ذلك يمضي إذا قصد به الاستئلاف، وإلا كان كلام الكافي مخالفا لما في المدونة. والله أعلم.

الثالث: علم من كلام صاحب الكافي أن فعل الوكيل محمول على النظر حتى يتبين خلافه، وكلامه في التوضيح لا ينافيه. والله أعلم.

الرابع: قال ابن فرحون إثر كلامه السابق: ذكر بعضهم أنه يستثنى من الوكالة المفوضة بيع دار السكنى وطلاق الزوجة وبيع العبد القائم بأمور [الموكل[2596]] وزواج البكر؛ لأن العرف قاض بأن ذلك لا يندرج تحت عموم الوكالة وإنما يفعله [الوكيل[2597]] بإذن خاص. انتهى. وقال في اللباب في كتاب الطلاق إنه إن وكله على الطلاق معينا لزمه. قال: وإن فوض إليه جميع أموره ولم يسم له طلاق زوجته فظاهر ما في الجواهر أن له ذلك، والذي حكاه ابن أبي زيد أنه معزول عرفا عن طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وتزويج البنت وعتق العبد. انتهى.

الخامس: قال في النكاح الأول من المدونة: و[من[2598]] زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز، وإن أجازه الأب إلا أن يكون ابنا فوض إليه جميع أمره وجميع شأنه فيجوز بإجازة الأب، وكذلك في أمة الأب، وكذلك في الأخ والجد يقيمه هذا المقام. انتهى. وقال المصنف في باب النكاح: "وإن أجاز مجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره ببينة جاز". انتهى. فقول المدونة وقول المصنف هذا لا ينافي قولهم هنا

الحديث ....

[2596] – في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من ن ذي ص193 وم71 ويحيى87 والشيخ151.

[2597] – في المطبوع الموكل وما بين المعقوفين من ن ذي ص193 وم71 ويحيى87 والشيخ151.

[2598] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 193 وم71 ويحيى87 والشيخ151.

نص خليل أَوْ يُعَيِّنَ بِنَصٍّ أَوْ قَرِينَةٍ.

متن الحطاب إن الوكالة المفوضة لا تشمل تزويج البكر بل هو موافق له؛ لأن معنى ما هنا أنه لا يمضي بل يوقف على إجازة الموكل [فاتفقا[2599]] نعم. قال أبو الحسن الصغير إثر كلام المدونة المذكور: قوله فوض له يعني بالعادة، وأما لو كان بالصيغة لكان له أن يزوجها ولا يحتاج إلى إجازة الأب لأن الوكيل [المفوض[2600]] له أن ينكح ويطلق ويقر على موكله. انتهى. فهذا مخالف لما قالوه هنا أن الوكالة المفوضة لا تشمل تزويجا ولا طلاق الزوجة، وكأنه اعتمد على ظاهر كلام ابن شاس كما تقدم في كلام صاحب اللباب في التنبيه الذي قبل هذا، وأما إقراره على موكله فهو جائز كما تقدم، وأما توكيل الوكيل المفوض إليه غيرَه من غير أن ينص له على ذلك موكله فسيأتي الكلام عليه.

السادس: إذا ابتدئت الوكالة بشيء معين ثم قال في توكيله إنه وكله وكالة مفوضة أقامه مقام نفسه وأنزله منزلته وجعل له النظر بما يراه فإنما يرجع التفويض لما سماه ولا يتعدى الوكيل ما سمى له؛ لأن ذلك كله يحمل على ما سماه ويعاد إليه، وأما إن لم يسم شيئا بالكلية وإنما قال وكلته وكالة مفوضة فهذا توكيل تام في جميع أمور الوكالة، ويجوز فعله في كل شيء من بيع أو شراء أو صلح أو غيره. قاله ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الوكالات. قال: وإن قال وكالة مفوضة جامعة لجميع وجوه التوكيل ومعانيه كان أبين في التفويض، ونقله عنه ابن عرفة. وقال في المقدمات: إذا وكل الرجل الرجل وكالة مطلقة لم يخصه بشيء دون شيء فهو وكيل في جميع الأشياء، وإن سمى بيعا أو ابتياعا أو خصاما أو شيئا من الأشياء فلا يكون وكيلا إلا فيما سمى [وإن[2601]] قال في آخر الكلام وكالة مفوضة لأن ذلك إنما يرجع لما سمى خاصة، وهذا قولهم في الوكالة: إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت، ونقله في التوضيح، وقال البرزلي: قال ابن الحاج: قال ابن عات: الذي جرى به العمل وأفتى به الشيوخ أنه/ متى انعقد في وثيقة التوكيل تسمية شيء، ثم ذكر بعد ذلك التفويض فإنما يرجع لما سمى، وإن لم يسم شيئا وذكر التفويض التام فهو تفويض تام في جميع أمور الوكالة [وكل ما[2602]] فعل من [بيع وغيره،[2603]] وعليه تدل رواية مطرف وغيره عن مالك. انتهى من مسائل الوكالات. 194

ص: [أو يعين[2604]] بنص أو قرينة ش: يعني أن الوكالة إما على سبيل التفويض في جميع الأمور، أو يعين الموكل فيه فيتعين فليس له حينئذ أن يتعداه.

فرع: قال في كتاب الشهادات من المدونة: لو وكلت رجلا بقبض مالك على فلان فجحده فحلفه الوكيل ثم لقيته أنت لم يكن لك أن تحلفه. قال ابن يونس: لأن يمينه لوكيلك يمين لك، وقال عياض: معناه أنه وكله على خصام أو فوض إليه الوكالة، وأما لو كان موكلا على القبض مجردا لم

الحديث ....

[2599] – في المطبوع وإن اتفقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم71 ويحيى87 والشيخ151.

[2600] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 وم71 ويحيى87 والشيخ151.

[2601] – في المطبوع وإنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 وم72 ويحيى87 والشيخ152.

[2602] *– في المطبوع وسيد34 وم72 والشيخ152 وكلما وما بين المعقوفين من يحيى87.

[2603] *– في المطبوع بيع بيع وغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص194.

[2604] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 ويحيى87 وم72 والشيخ152.

نص خليل وَتَخَصَّصَ وَتَقَيَّدَ بِالْعُرْفِ فَلاَ يَعْدُهُ إلاَّ عَلَى بَيْعٍ فَلَهُ طَلَبُ الثمَنِ وَقَبْضُهُ.

متن الحطاب يكن له ذلك وكان لرب المال بعد خصامه وتحليفه. انتهى. وهذا ظاهر ففهم منه [أنه[2605]] إذا وكله على الخصام فله أن يحلفه. والله أعلم.

مسألة: قال ابن رشد في نوازله: ومن وكل رجلا على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل والموكل غائب فأنكر المدعى عليه أن يكون باع من موكله ووجبت عليه اليمين لعدم البينة فردها على الغائب، فالذي أراه إذا لم يسم [المقوم[2606]] عليه من باع منه السلعة أو سمى رجلا غائبا بعيد الغيبة فتبين بذلك لدده أن يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للموكل في الموضع الذي هو فيه ويحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقر به الغريم ويدعي أنه قضاه لأن هذا مقر للغائب بشيء، وأما أخذ الثمن منه أو إيقافه فلا أراه إذ لم يثبت عليه بعد شيء. انتهى.

ص: **وتخصص وتقيد بالعرف** ش: فاعل تخصص وتقيد ضمير يعود على الشيء الموكل فيه أو على لفظ الموكل، والمعنى أنه إذا كان لفظ الوكيل عاما فإنه يتخصص بالعرف، كما إذا قال وكلتك على بيع دوابي وكان العرف يقتضي تخصيص ذلك ببعض أنواع الدواب فإنه يتخصص به، وكذلك إذا قال له وكلتك على بيع هذه السلعة فإن هذا اللفظ عام في بيعها في كل مكان وزمان، فإذا كان العرف أن تلك السلعة إنما تباع في سوق مخصوص أو في زمان مخصوص فإن العرف يخصص ذلك العموم، وكذا إذا كان الشيء الموكل فيه مطلقا أو لفظ الموكل فإنه يتقيد بالعرف كما لو قال اشتر لي عبدي فإنه يتقيد بما يليق به، والعام هو اللفظ المستغرق الصالح له من غير حصر، والمطلق هو اللفظ الدال على الماهية بلا قيد.

ص: **إلا على بيع فله طلب الثمن وقبضه** ش: هو نحو قول ابن الحاجب: ويملك الوكيل المطالبة بالثمن وقبضه. قال في التوضيح: يعني أن التوكيل على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بالثمن وقبضه، ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه. انتهى.

تنبيهات: الأول: قوله: "فله طلب الثمن" يقتضي أن له ترك ذلك وليس كذلك كما دل عليه قوله في التوضيح: ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه.

الثاني: قال في التوضيح: هذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك، فقد نص أبو عمران على [أنه[2607]] لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه. انتهى. وقال في الشامل: وله قبض ما وكل في بيعه إلا لعادة، وقال ابن فرحون في تبصرته في الفصل الرابع في تقسيم المدعى لهم: مسألة: والوكيل على بيع الدار والعقار إذا أراد قبض الثمن من المشتري وأراد أن يقيم البينة أنه وكيل على البيع لم يمكن من ذلك؛ لأن العرف والعادة أن وكيل البيع في الدار والعقار

الحديث

2605 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم72 ويحيى87 والشيخ152.

2606 – في المطبوع المقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم72 ويحيى87 والشيخ152.

2607 *– في المطبوع والشيخ153 أنها وما بين المعقوفين من يحيى88 وسيد34 وم72.

نص خليل أَوْ اشْتِرَاءٍ فَلَهُ قَبْضُ الْمَبِيعِ وَرَدُّ الْمَعِيبِ إن لَّمْ يُعَيِّنَهُ مُوَكِّلُهُ وَطُولِبَ بِثَمَنٍ وَمُثْمَنٍ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالْبَرَاءَةِ كَبَعَثَنِي فُلاَنٌ لِتَبِيعَهُ لاَ لأَشْتَرِي مِنْكَ وَبِالْعُهْدَةِ مَا لَمْ يَعْلَمْ وَتَعَيَّنَ فِي الْمُطْلَقِ نَقْدُ الْبَلَدِ وَلاَئِقٌ بِهِ إلاَّ أَنْ يُسَمِّيَ الثمَنَ فَتَرَدُّدٌ.

متن الحطاب لا يقبض الثمن فليس له ذلك إلا بتوكيل خاص على قبض الثمن، إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى قبض الثمن فيجزئه إقامة البينة على الوكالة على البيع، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن والمطالبة به. انتهى. / 195

الثالث: لو قال المصنف فله قبض الثمن لأغنى عن قوله: " فله طلب الثمن". والله أعلم.

ص: **أو اشتراء فله قبض المبيع** ش: قال ابن عرفة: قال ابن شاس: والوكيل بالشراء يملك قبض المبيع، وتبعه ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وفي قبوله مطلقا نظر، ومقتضى المذهب [عندي[2608]] التفصيل، فحيث يجب عليه دفع الثمن يجب له قبض المبيع، وحيث لا يجب لا يجب للنكتة التي فرقوا بها بين وجوب قبض الوكيل ثمن ما باعه وعدم صحة قبض ولي البنت نقد وليته دون توكيل عليه فإنه في البيع هو مسلم المبيع لمبتاعه، وليس الولي كذلك في النكاح. انتهى. وما قاله ظاهر، وسيذكر المصنف الموضع الذي يجب على الوكيل فيه [دفع[2609]] الثمن.

ص: **ورد المعيب إن لم يعينه موكله** ش: إذا عين الموكل السلعة المشتراة فليس للوكيل أن يردها بالعيب اتفاقا لاحتمال أن يكون الموكل علم بالعيب أو يغتفره عند اطلاعه عليه لغرضه فيه، واختلف إذا لم يعينها فقال ابن القاسم للوكيل أن يرده لأنه ضامن بمخالفة الصفة، وقال أشهب ليس له أن يرده وإن رد فللموكل أن لا يجيز الرد ويضمنه قيمتها إن فاتت. قال أبو عمران: وإذا كان يلزمه الضمان بإمساكه السلعة على قول ابن القاسم وبرده لها على قول أشهب فالحيلة في التخلص منه أن يرفع للحاكم فيحكم له بأحد المذهبين فيسقط عنه الضمان.

تنبيه: قال في التوضيح: قيد اللخمي قول ابن القاسم بما إذا كان العيب ظاهرا قال: وأما إن كان العيب مما يخفى فلا شيء على الوكيل، وإذا لم يكن عليه ضمان لم يكن له أن يرد. انتهى. ولم يذكر ابن عرفة هذا التقييد ولا صاحب الشامل.

ص: **إلا المفوض** ش: كذا في بعض النسخ وعليها شرح الشارح، وهو صحيح. والله أعلم.

ص: **لا لأشتري منك** ش: أي فالثمن على الوكيل إلا أن يقر الموكل فليتبع أيهما شاء. نقله في التوضيح. زاد ابن عرفة: إلا أن يدعي الآمر أنه دفع الثمن للمأمور فيحلف ويبرأ ويتبع المأمور.

ص: **وبالعهدة** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: قال ابن عبد الحكم: إذا أقررت أن وكيلا لك باع عبدك من فلان بمائة وفلان مصدق والوكيل منكر فالعبد يلزم فلانا بمائة والعهدة على بائعه، ولا عهدة على الوكيل ولا يلزم الوكيل قول سيد العبد. انتهى.

196 ص: **وتعين في المطلق نقد البلد إلى آخره** ش: هذا/ كله مستفاد من قوله: "وتخصص وتقيد

الحديث ....

[2608] – في المطبوع عند وما بين المعقوفين من ن عدود ص 195 وم72 ويحيى88 والشيخ153.

[2609] – في المطبوع قبض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 195 وم72 ويحيى88 والشيخ153.

نص خليل

وَثَمَنُ الْمِثْلِ وَإِلاَّ خُيِّرَ كَفُلُوس إلاَّ مَا شَأْنُهُ ذَلِكَ لِخِفَّتِهِ كَصَرْفِ ذَهَبٍ بِفِضَّةٍ إلاَّ أَنْ يَكُونَ الشَّأن وَكَمُخَالَفَتِهِ مُشْتَرًى عُينَ أَوْ سُوقًا أَوْ زَمَانًا أَوْ بَيْعِهِ بِأَقَلَّ أَوْ اشْتِرَائِهِ بِأَكْثَرَ كَثِيرًا إلاَّ كَدِينَارَيْنِ فِي أَرْبَعِينَ وَصُدِّقَ فِي دَفْعِهِمَا وَإِنْ سَلَّمَ مَا لَمْ يَطُلْ.

متن الحطاب

بالعرف" وإنما ذكره ليبين الحكم بعد الوقوع بقوله: "وإلا خير".

ص: **وثمن المثل** ش: أي وتعين أيضا ثمن المثل إذا أطلق له ولم يسم له الثمن، وأما إن سمى له ثمنا فيتعين. قال ابن عرفة: قال المازري: وفي كون التسمية للثمن مسقطة عن الوكيل النداء والشهرة والمبالغة في الاجتهاد أم لا. ابن بشير: لو أمره ببيع سلعة بثمن سماه فباعها به من غير [إشهار[2610]] فقولان، أحدهما إمضاؤه، والثاني رده لأن القصد عدم نقص الثمن وطلب الزيادة، ولو ثبت أحد القصدين ما اختلف فيه. انتهى.

ص: **أو بيعه بأقل أو [اشترائه[2611]] بأكثر كثيرا** ش: أي وكذا يخير الموكل إذا باع الوكيل الشيء الموكل على بيعه بأقل مما سمى له أو اشترى ما وكل على شرائه بأكثر مما سمى له بشيء كثير، وظاهر كلامه هنا أنه يخير مطلقا وليس كذلك، بل ذلك مقيد بأن لا يؤدي إلى فسخ الدين في الدين وإلى بيع الطعام قبل قبضه كما سيقوله المصنف، أعني قوله: " والرضا بمخالفته في سلم"، ويقيد كلامه هنا أيضا بما إذا لم يلتزم الوكيل الزائدَ كما سيقوله [المصنف[2612]] أيضا.

فرع: قال في النوادر عن أشهب: إذا وضع الوكيل من الثمن بعد البيع فذلك باطل، والآمر مخير في أن يجيز أو يرجع بذلك على المشتري، ولا رجوع له على الوكيل. قال: ولو تحاكما لبعض قضاة المشرق فحكم بالوضيعة على الوكيل لأنفذت ذلك، ولم أر على المبتاع شيئا، ونزلت بأشهب وهو المبتاع فحكم له بالوضيعة على الوكيل فصالح أشهب البائع على نصف الوضيعة وصار له. انتهى. والمسألة في سماع أصبغ من كتاب الوكالات.

197 ص: **إلا كدينارين في أربعين** ش: يعني أن الوكيل إذا خالف في الاشتراء فإنه يخير/ الموكل، إلا أن تكون المخالفة بزيادة في الثمن زيادة يسيرة كالدينارين في الأربعين فإنه يلزمه ذلك، وفي بعض النسخ "لا كدينارين" بلا النافية بدل إلا الاستثنائية، وهي أحسن كما قال ابن غازي، وتخصيصه اغتفار المخالفة باليسير بالاشتراء هو الذي مشى عليه عبد الحق وابن يونس واللخمي والمتيطي وصاحب الجواهر، وذكر صاحب النظائر اغتفار المخالفة باليسير في البيع أيضا، وهو ظاهر إطلاق ابن الحاجب، ولم ينص في المدونة على اغتفار اليسير إلا في الشراء، ومثله كالثلاثة في المائة وكالاثنين في الأربعين، وما ذكره من اغتفار اليسير في الشراء، ظاهره سواء كانت السلعة معينة أم لا وهو كذلك. قال ابن محرز: وخالف فيه بعض المذاكرين، وقال ابن عرفة: المازري: واليسير في المائة الديناران والثلاثة. التونسي: لا تكون الزيادة في قليل الثمن مقصورة على هذا الحساب إنما ينظر إلى ما زاد في

الحديث

2610 – في المطبوع اشهاد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 196 وم72 والشيخ153.

2611 – في المطبوع اشتراؤه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 196 وم72 ويحيى88.

2612 *– في المطبوع المنصف وما بين المعقوفين من يحيى88 وسيد35 والشيخ154 وم73.

نص خليل وَحَيْثُ خَالَفَ فِي اشْتِرَاءٍ لَزِمَهُ إن لَّمْ يَرْضَهُ مُوَكِلُهُ كَذِي عَيْبٍ إلاَّ أَنْ يَقِلَّ وَهْوَ فُرْصَةٌ.

متن الحطاب مثله عادة ولا يجب على الوكيل أن يزيده على ذلك إنما هذا إذا زاده لزم الموكل، ولو اشترى السلعة لنفسه لما لم يبعها ربها بالمسمى كانت له إذا قلنا إنه لا يلزمه أن يسلف من وكله. قال ابن عرفة: قلت: الظاهر أنه لو كان بيد المأمور للآمر ما يدفع منه الزيادة لزمه الشراء بها فلا يتم له شراؤها لنفسه، وكذا إن كان المأمور مالكا لقدر الزيادة غير محتاج إليها؛ لأن قبوله التوكيل على شرائها التزام منه للوازم شرائها، ويؤيده قول أصبغ في سماع أشهب: من أمر بشراء سلعة بخمسة عشر فاشتراها لنفسه بستة عشر، وقال أبى البائع بيعها بخمسة عشر فاشتريتها لنفسي بستة عشر قبل قوله وكانت له. قال أصبغ: أرى أن يحلف، واستحسن أن الآمر في أخذها بالخيار. ابن رشد: استحسانه بعيد، إذ لا يلزمه أن يسلفه الزيادة. انتهى. والله أعلم.

ص: **وحيث خالف في اشتراء لزمه إن لم يرضه موكله** ش: تضمن هذا الكلام مسألتين إحداهما أن الموكل مخير في الرضا بالشيء المشترى وعدم الرضا به وهذه تقدمت، والثانية أنه إذا لم يرض به الموكل فإنه يلزم الوكيل، وهذه من هنا استفيدت، وأتى المؤلف بهذا الكلام لأجلها.

مسألة: من أمر رجلا بشراء سلعة فاشتراها لنفسه ففيها أربعة أقوال: الأول القول قول المأمور مع يمينه إن اتهم وإن دفع له الآمر الثمن، وهو رواية محمد بن يحيى الشيباني عن مالك، والثاني السلعة للآمر وإن لم يدفع الثمن، وهو رواية غير ابن القاسم في المدونة وقول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في المدونة، وسواء أشهد المأمور أنه اشتراها لنفسه أم لم يشهد حتى يرجع إلى الآمر فيبرأ من وعده بالشراء، والثالث الفرق بين أن يكون دفع إليه الثمن أم لا، والرابع أنها للآمر إلا أن يكون المأمور أشهد أنه إنما يشتريها لنفسه. انتهى مختصرا من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشركة. وكرر المسألة في كتاب البضائع والوكالات في أول رسم من سماع ابن القاسم منه.

ص: **كذى عيب إلا أن يقل وهو فرصة** ش: قال ابن عرفة: وشراؤه معيبا تعمدا عداء إلا ما يغتفر عرفا، فيها: إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة فإن كان عيبا خفيفا يغتفر مثله وقد يكون شراؤها به فرصة لزمتك، وإن كان عيبا مفسدا لم تلزمك، إلا أن تشاء وهي لازمة للمأمور. قال ابن عرفة: قلت لو كان العيب مغتفرا [باعتبار عموم[2613]] الناس وحال الآمر لا يقتضي اغتفاره هل يلزم الآمر أم لا؟ والأظهر أنه يتخرج على القولين في أول كتاب الغصب في أثر العداء إذا كان يسيرا بالنسبة إلى عموم الناس، وغير يسير بالنسبة إلى حال المتعدى عليه هل يحكم فيه بحكم اليسير أو الكثير؟ وعبر عن هذا ابن الحاجب بقوله: فإن علم بالعيب كان له ولا رد إلا في اليسير. قلت: استثناؤه إلا في اليسير يستحيل رده لمنطوق ما قبله [وإنما[2614]] يستقيم رده لمحذوف تقديره ولا يلزم الآمر، ومثل هذا الحذف لا ينبغي في المسائل العلميـة مع يسر العبارة عنه بقوله فإن علم بالعيب لزمه لا الآمر إلا في اليسير. انتهى./ 198

قلت: واقتصر المصنف في فصل التعدي على القول بأنه يحكم له بحكم الكثير.

الحديث ....

[2613] – في المطبوع بعموم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 197 وم73 ويحيى89.

[2614] – في المطبوع ولهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 197 وم73 ويحيى89.

نص خليل

أَوْ فِي بَيْعٍ فَيُخَيَّرُ مُوَكِّلُهُ وَلَوْ رِبَوِيًّا بِمِثْلِهِ إن لَّمْ يَلْتَزِمِ الْوَكِيلُ الزَّائِدَ عَلَى الأَحْسَنِ لاَ إنْ زَادَ فِي بَيْعٍ أَوْ نَقَصَ فِي اشْتِرَاءٍ أَوْ اشْتَرِ بِهَا فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا وَعَكْسُهُ أَوْ شَاةً بِدِينَارٍ فَاشْتَرَى بِهِ اثْنَتَيْنِ لَمْ يُمْكِنْ إفْرَادُهُمَا.

متن الحطاب

ص: أو في بيع فيخير موكله ش: هذا مستفاد مما تقدم، لكنه أعاده ليكمله بقوله: "ولو ربويا" وبقوله: "إلا أن يلتزم الوكيل الزائد" فإنه راجع إلى المخالفة في الشراء والبيع كما قاله ابن الحاجب وغيره، والمعنى وحيث خالف في بيع فيخير موكله في إجازة البيع وأخذ الثمن الذي بيعت به، ورده وأخذه سلعته إن كانت قائمة، وهذا بعد أن يثبت أن السلعة ملك الموكل ويحلف على التعدي كما سيأتي ذلك في اختلاف الوكيل والموكل، وصرح به في التوضيح في شرح قوله: ["ولا يبع[2615]] بعرض ولا نسيئة".

تنبيه: ولا يعدّ الوكيل بتعديه ملتزما لما سمى له الموكل من ثمن السلعة على المشهور. قاله في التوضيح في شرح المسألة المذكورة. والله أعلم.

ص: ولو ربويا بمثله ش: هذا إذا لم يعلم المشتري بتعدي الوكيل، وأما إن علم بذلك فالعقد فاسد. قاله المازري، ونقله ابن عرفة.

ص: إن لم يلتزم الوكيل الزائد على الأحسن ش: هذا راجع إلى مسألة المخالفة في البيع والشراء كما تقدم، لكن معناه مختلف بالنسبة إلى المسألتين، فمعناه في مسألة الشراء الزائد على الثمن الذي سمى له، وفي مسألة البيع الزائد على الثمن الذي باع به.

ص: أو اشتر بها فاشترى في الذمة ونقدها وعكسه ش: هكذا قال ابن شاس وابن الحاجب. قال في التوضيح: وينبغي أن يتخرج على القول بوجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد أن يكون للموكل الخيار، أما إن ظهر لاشتراط الموكل فائدة فإنه يعمل على قوله بلا إشكال، وقد نص المازري عليه. انتهى. وهكذا نقل عنه ابن عرفة فإنه قال: ذكر المازري للشافعية فيها كلاما. ثم قال: النكتة عندي غرض الموكل إن ظهر فيما رسم غرض فمخالفته عداء، وإن لم يكن غرضه إلا تحصيل السلعة فليس بعداء. قال ابن عبد السلام: لو دفع له الدنانير وديعة فدفعها الوكيل في الثمن لم يبعد أن يكون متعديا إذا قيل [بتعين[2616]] الدنانير والدراهم؛ إذ قد يتعلق للآمر بعينها غرض صحيح إما لشبهة فيها فلا [يحب[2617]] فوتها بالشراء بها حتى ينظر في إصلاح تلك الشبهة، أو لتحقيق طيب كسبها [فيحب[2618]] أن يشتري بها لقوته لا لتجارة أو لغير ذلك مما يقصده الناس. ابن عرفة: إن أراد أنه يحكم عليه

199

على هذا القول بحكم التعدي بقيد كون/ الدنانير والدراهم قائمة بعينها فمسلم، وإن أراد أنه يحكم عليه بحكم التعدي مطلقا، وهو ظاهر قوله: رد بأنه لا فائدة في الحكم عليه حينئذ بالتعدي؛ لأن

الحديث

[2615] *- في المطبوع وم73 وسيد35 ولا بيع وما بين المعقوفين من ن ذي ص198 وهو الذي في التوضيح ج3 ص93.

[2616] *- في المطبوع بتعيين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ155 وم73.

[2617] *- في المطبوع ويحيى89 وسيد35 والشيخ156 يجب وما بين المعقوفين من م73.

[2618] *- في المطبوع ويحيى89 وسيد35 والشيخ56 فيجب وما بين المعقوفين من م73.

نص خليل وَإلاَّ خُيِرَ فِي الثَّانِيَّةِ أَوْ أَخَذَ فِي سَلَمِكَ حَمِيلاً أَوْ رَهْنًا وَضَمِنَهُ قَبْلَ عِلْمِكَ بِهِ وَرِضَاكَ وَفِي بِذَهَبٍ بِدَرَاهِمَ وَعَكْسِهِ قَوْلاَنِ وَحَنِثَ بِفِعْلِهِ فِي لاَ أَفْعَلُهُ إلاَّ بِنِيَّةٍ وَمُنِعَ ذِمِّيٌّ فِي بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ تَقَاضٍ.

متن الحطاب الواجب عليه بتعديه غرم مثل دنانير الآمر، ويجب على الآمر غرم مثلها وهذا لا فائدة فيه. انتهى.

ص: **وإلا خير في الثانية** ش: يعني وإن أمكن إفراد [إحداهما عن الأخرى[2619]] فتلزم الموكل واحدة منهما، ويخير في الثانية بين أن يقبلها أو يردها ويأخذ ما يَنُوبُهَا من الثمن هذا إن اشتراهما في عقد واحد، وإن اشتراهما في عقدين فالأولى للموكل ويخير في الثانية، فقول المصنف: "خير في الثانية" شامل للصورتين، ونحوه لابن عبد السلام.

ص: **وفي ذهب في بدراهم وعكسه قولان** ش: قال في تصحيح ابن الحاجب: القول بالإمضاء اختيار اللخمي، وتأول المدونة عليه، وأشار في الشامل لتصحيحه بذلك. انتهى. ونص الشامل: ومضى في بعه بذهب فباع بورق وعكسه على المختار والمؤول.

ص: **وحنث بفعله في لا أفعله إلا بنية** ش: قال في المقدمات: ويد الوكيل كيد موكله فيما وكله عليه [فمن[2620]] حلف أن لا يفعل فعلا فوكل غيره على فعله حنث إلا أن يكون نوى أن لا يفعل هو بنفسه، وكذلك من حلف أن يفعل فعلا فوكل غيره على فعله فقد برئ، إلا أن يكون نوى أن يلي هو الفعل بنفسه. انتهى. ونقله المتيطي، وفي مسائل الطلاق من البرزلي: إذا حلف أن لا يدخل داره سلعة كذا فأدخلها أخوه بغير إذنه فلا شيء على الحالف إذا لم يقدر على إخراجها. انتهى.

ص: **ومنع ذمي في بيع أو شراء أو تقاض** ش: كذا في السلم الثاني من المدونة بلفظ لا يجوز قال: وكذلك عبدك النصراني. ابن يونس: لا تأمره ببيع ولا شراء ولا اقتضاء. انتهى.

تنبيه: مناقشة ابن عبد السلام وابن عرفة لابن الحاجب في قوله فيها: لا يوكل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء إلى آخر كلامه إنما هو في عزوه للمدونة بلفظ على مسلم لا في تقييد المسألة بذلك؛ لأن كلام ابن يونس يدل على ذلك فتأمله.

فرع: قال ابن عرفة: المازري: لو وقع تفاوض الذمي بوكالته في خمر تصدق الموكل بجميع ثمنه وفي الربا بالزيادة فقط، ولو فعل ذلك وهو يعلم حرمته وعدم إرادة المسلم ذلك غرم له ما أتلف عليه بفعله ذلك. انتهى. ونقله القرافي في الذخيرة. فيؤخذ منه أنه إذا [علم أنه[2621]] عمل/ في الخمر يجب التصدق بالجميع، وإذا عمل بالربا يجب التصدق بالزائد، ويلزم مثله في الشركة يعني إذا شارك الذمي وتحقق أنه عمل بالربا أو في الخمر، وأما إن شك في ذلك ولم يتحقق فقال اللخمي يستحب له التصدق. قاله في الشركة ويأتي مثله في الوكالة. وقال في الشركة: وأما لو تحقق أنه لم يعمل بالربا ولا في الخمر ونحوه لم يكن عليه شيء، ويأتي مثله هنا أيضا. والله أعلم.

200

الحديث

[2619] – في المطبوع أحدهما عن الآخر وم73 ويحيى89 والشيخ156 وما بين المعقوفين من ن ذي ص199 وسيد35.

[2620] – في المطبوع فيمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199 وم73 ويحيى89 والشيخ156.

[2621] – ساقطة من المطبوع وم74 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199 ويحيى90 والشيخ156.

نص خليل

وَعَدُوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ وَالرِّضَا بِمُخَالَفَتِهِ فِي سَلَمٍ إنْ دَفَعَ لَهُ الثمنَ وَبَيْعُهُ لِنَفْسِهِ وَمَحْجُورِهِ بِخِلَافِ زَوْجَتِهِ وَرَقِيقِهِ إن لَّمْ يُحَابِ وَاشْتِرَاؤُهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ إنْ عَلِمَ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ مُوَكِّلُهُ وَعَتَقَ عَلَيْهِ وَإِلاَّ فَعَلَى آمِرِهِ وَتَوْكِيلُهُ إلاَّ أن لاَّ يَلِيقَ بِهِ أَوْ يَكْثُرَ.

متن الحطاب

ص: **وعدو على عدوه** ش: قال ابن رشد: لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام، ولا عدو المخاصم [عن[2622]] خصمه؛ لأن الضرر في الوجهين بين. اهـ. وقال ابن سلمون: وسئل ابن رشد فيمن وكل وكيلا على الخصام فوكل [خصمه[2623]] وكيلا آخر وبين أحد الموكلين والذي وكل الآخر عداوة هل يمنع من توكيله؟ فقال الذي أراه في هذا أن لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم عنه؛ لأن الضرر في الوجهين بَيِّنٌ. انتهى. وذكره البرزلي، وزاد على ما ذكرت أنه لا يسلم من دعواه الباطل لأجل عداوته لخصمه. ابن الحاج: للرجل أن يخاصم عن نفسه عدوه، بخلاف توكيل العدو على عدوه إلا أن يسرع لأذاه فيمنع من ذلك، ويقال له وكل غيرك بدليل أنه يجوز لليهودي مخاصمة المسلم في حقه وهو أشد عداوة. انتهى.

تنبيه: انظر هل المنع من توكيل العدو على عدوه لأجل حقه فإذا رضي العدو بذلك جاز له، وبه صرح مصنف الإرشاد في شرح المعتمد كما نقله الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد، [أو[2624]] المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يجوز ولو رضى به العدو؛ لأن من أذن لشخص في أذاه فلا يجوز؟

201

ونص كلام الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال مصنفه في شرح/ المعتمد: إذا أراد الرجل أن يوكل وكيلا في مخاصمة جاز ذلك، كان خصمه غائبا أو حاضرا، رضي أو لم يرض، وهذا إذا لم يكن بين الخصم والوكيل عداوة، فإن كان بينهما عداوة لم يجز توكيله [عليه[2625]] إلا برضاه. انتهى. فصريح كلامه أن المنع من توكيل العدو على عدوه إنما هو لأجل حقه، فإذا رضي العدو بذلك جاز، ويحتمل أن يكون المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يجوز ولو رضي به العدو؛ لأن من أذن لشخص في [إذايته[2626]] لا يجوز، ولم أقف على نص في ذلك غير ما لصاحب الإرشاد فتأمله. والله أعلم.

ص: **وتوكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر** ش: يعني أنه يمتنع توكيل الوكيل إلا إذا كان الشيء الموكل فيه لا يليق بالوكيل تعاطيه فيجوز له أن يوكل من يتعاطاه، أو يكون الموكل فيه كثيرا يعلم بقرينة العادة أن الموكَّل لا يستقل بالتصرف فيه فيجوز له أن يوكل من يعينه. ابن عبد السلام: وهذه القرينة تسوغ له الاستعانة بوكيل ولا تسوغ له أن يجعل وكيلا أو وكلاء ينظرون فيما كان ينظر فيه، والقرينة الأولى تسوغ ذلك. ثم قال: ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته. اهـ. ونحوه في التوضيح، واعلم أن هذا في الوكيل المخصوص، أما المفوض فله التوكيل. قال ابن الحاجب: والوكيل

الحديث

2622 - في المطبوع على ويحيى90 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم74 والشيخ157.

2623 - في المطبوع وكيله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم74.

2624 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 والشيخ157.

2625 *- في المطبوع عنه وما بين المعقوفين من الشيخ157 ويحيى90 وم74.

2626 - في المطبوع إذاية وما بين المعقوفين من ن عدود ص201 وم74 ويحيى90 والشيخ157.

نص خليل ....

متن الحطاب بالتعيين لا يوكل إلا فيما لا يليق بـه [أولا[2627]] يـستقل [بـه[2628]]لكثرتـه. قـال في التوضـيح: احـترز بالتعيين من المفوض فإن له أن يوكل على المعروف، وحكى في البيان قولا أنه لا يوكـل. قـال: والأظهـر أن له ذلك، لأن الموكل أحله محل نفسه فكان كالوصي. انتهى. وكلام ابن رشد الذي أشار إليـه هـو في نوازل عيسى من كتاب الوكالة، ونصه: لا اختلاف أحفظه في أن الوكيل على شيء مخصوص لا يجـوز له أن يوكل. ثم قال: وأما الوكيل المفوض إليه في جميع الأشياء فلا أحفظ في أنه هل له أن يوكـل أو لا قولا منصوصا لأحد [من[2629]] العلماء المتقدمين، وكان الشيوخ المتأخرون يختلفون فيها، والأظهر أن لـه أن يوكل. انتهى. وقال الـشيخ أبـو الحـسن الـصغير: قـالوا للوصـي أن يوصـي بـلا خـلاف، والوكيـل المخصوص ومقدم القاضي ليس لهما أن يوكلا بلا خلاف، والوكيل المفوض.

قال ابن رشد: فذكر كلامه المتقدم وقوله: "إلا أن لا يليق به" قال في التوضيح: ولا شك فيه. زاد ابن عبد السلام عن الشيوخ: إذا علم الموكل بجلالة الوكيل، وأما إن لم يعلم فقطع بعضهم بأنه لا التفات إلى علمه، وقال التونسي انظر إن لم يعلم بذلك رب المال، فإن كان الوكيل مشهورا بأنـه لا يلـي مثـل ذلك فالأشبه أن لا يضمن، وإن كان غير مشهور فرضاه بالوكالـة يـدل علـى أنـه هـو المتـولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى، وليس له أن يوكل على مـا وكـل عليـه، ولا أن يوصـي بـه بعد مماته، بخلاف الوصي إلا أن يجعل ذلك إليه الموكل، فإن فعل وتلف المـال ضـمنه علـى مذهب ابن القاسم وإن علم أنه لا يلي مثل ذلك إذا لم يعلم به الموكل وفي ذلك نـــظر.

وقال أشهب إذا كان مثله في الكفاية فلا ضمان. انتهى. ومشى في البيان في الكلام على المسألة الأولى علـى ما ذكره المصنف عن التونسي، ونصه: لا يجوز له أن يوكل، واختلف إن فعـل هـل يـضمن إلا أن يكـون ممن لا يلي مثل ذلك [بنفسه[2630]] [وقد عرف بذلك الذي وكله فـلا ضـمان عليـه، وإن لم يعـرف بـذلك فهو ضامن وإن كان لا يلي مثل ذلك بنفسه،[2631]] وهذا في غير المشهور أنه ممن لا يلي ذلك، لأن رضـاه بالوكالة يدل على أنه المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى، وهو محمول على أنه لم يعلم حتى يعلم أنه قد علم، وأما المشهور فلا ينبغي أن يضمن؛ لأن الموكل يحمل على أنه/ علم، ولا يصدق في أنه لم يعلم. انتهى. فتحصل من هذا أن الوكيل المفوض يجوز له التوكيل على ما رجحه ابـن رشـد وغيره، وأما الوكيل غير المفوض فإن كان ممن يلي ما وكل فيه بنفسه فليس له [أن يوكـل[2632]] في ذلك، وإن كان ممن لا يليق به أن يلـي ذلـك بنفـسه، فـإن علـم الموكـل بأنـه لا يلـي ذلـك بنفـسه [فله[2633]] أن يوكل، وأما إن لم يعلم بذلك فإن كان مشهورا قد عرف عند الناس أنه لا يلـي ذلـك بنفسه فله ذلك، ويحمـــل [الموكل[2634]] على أنه علـم بذلك ولا يصـدق في أنه لا يعلـم، وأما

202

الحديث ....

[2627] *- في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من سيد35 وم74 والشيخ157.
[2628] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في الشيخ157 .
[2629] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 201 وم74 ويحيى90 والشيخ157.
[2630] *- في المطبوع لنفسه وما بين المعقوفين من من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م74 ويحيى90.
[2631] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 201 وم74 ويحيى90 والشيخ158.
[2632] - في المطبوع أن توكل وما بين المعقوفين من ن ذي ص202 ويحيى90 وم74 والشيخ158 وسيد35.
[2633] - في المطبوع فليس له وما بين المعقوفين من ن ذي ص 202 ويحيى90 والشيخ158 وم74 وسيد35.
[2634] - في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 وم74 ويحيى90 والشيخ158.

نص خليل فَلاَ يَنْعَزِلُ الثانِي بِعَزْلِ الأوَّلِ.

متن الحطاب إن لم يكن مشهورا بذلك فرضاه بالوكالة يدل على أنه المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى، وهذا متعد بالوكالة وضامن للمال، ورب المال محمول على أنه لم يعلم حتى يعلم أنه قد علم.

فرع: ولو تعدى الوكيل ووكل حيث لا يجوز له فإن علم وكيله بالتعدي فهو ضامن، وإن لم يعلم فلا ضمان عليه. قاله ابن رشد في نوازله في آخر مسائل البيع، وانظر كلام ابن رشد فيما إذا قال الراهن للمرتهن ضع الرهن على يد عدل فوضعه على يد غير عدل فلا ضمان على الغير، وانظر البرزلي في مسائل الوكالة.

تنبيه: حيث يجوز له التوكيل فقال ابن الحاجب وغيره لا يوكل إلا أمينا. والله أعلم.

ص: فلا [ينعزل الثاني[2635]] بعزل الأول ش: يعني فإذا أجزنا له التوكيل في الموضعين فلا ينعزل [الوكيل[2636]] الثاني بعزل الأول؛ لأنه صار كالوكيل عن الأصل، إذ أنا لا نجيز له الوكالة إلا بنص أو بحسب العادة، ونحوه للمازري وابن الحاجب وغيرهما لكنهم إنما قالوا فلا ينعزل الثاني بموت الأول، وكأنَّ المصنف رحمه الله رأى أنه لا فرق بين عزله وموته [أو رآه[2637]] منصوصا، ولا يفهم من كلام المصنف أن الوكيل الثاني لا ينعزل إذا عزله الأول؛ لأن الظاهر أن ذلك له كما سيأتي في كلام ابن فرحون، وقال ابن عبد السلام: ولا يتخرج في هذا الفرع خلاف من وكيل القاضي على النظر لليتيم فإن فيه خلافا هل هو نائب عن القاضي أو عن والد [اليتيم؟[2638]] وتقديم القاضي إنما هو جبران لما أهمله الميت، وأيضا فإن القاضي الذي قدم ناظرا على [اليتيم[2639]] لو مات لم يكن موته عزلا لذلك الناظر. انتهى.

وقال ابن عرفة بعد نقله لهذا الكلام: قلت: في هذا الكلام تناف بيانه أنه نقل أولا القول بأن ناظر اليتيم نائب عن القاضي لا عن الأب، ولازم هذا انعزال الناظر بموت القاضي، ثم قال على وجه الاستدلال بأنه لو مات القاضي لم ينعزل الناظر، وظاهره اتفاقا، وهو خلاف لازم كونه نائبا عن القاضي، والقول بانعزال ناظر اليتيم بموت القاضي ثابت في المذهب حسبما يذكر في الأقضية إن شاء الله، وبعد الإعراض عن هذا التنافي فالذي يتحصل من كلامه [فرق[2640]] مانع من التخريج كما زعم هو أن ناظر القاضي نائب عنه في قول، ووكيل الوكيل نائب عن الموكل لا عن الوكيل، وهذا يرد بمنع انحصار نيابة وكيل الوكيل [عن الموكل؛[2641]] لأن الوكيل له عزل وكيله واستقلاله بفعل نفسه اتفاقا، ولو لم يكن نائبا عنه لما صح عزله إياه، ويفرق بأن نيابة القاضي عن الأب إنما هي بأمر عام وهو ولايته الصالحة له ولغيره فهو بالنسبة إليه كدلالة العام على بعض أفراده، ونيابة الوكيل عن الموكل إنما هي بتوليته إياه بعينه فهي كدلالة الخاص على نفس مدلوله، وهي أقوى من دلالة العام اتفاقا، ولا يلزم من نقص أثر الأضعف نقص أثر الأقوى. اهـ. فاستفيد من كلام ابن عرفة فرع

الحديث ....

2635 – في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 وم74 ويحيى91.

2636 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 وم74 ويحيى91 والشيخ158.

2637 – في المطبوع ورآه وما بين المعقوفين من م74 والشيخ158 وسيد35.

2638 *– في المطبوع الميت ويحيى91 وم74 وما بين المعقوفين من الشيخ158.

2639 *– في المطبوع ويحيى91 الميت وما بين المعقوفين من سيد35 وم74 والشيخ158.

2640 – في المطبوع فرقا ويحيى91 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 202 وم75.

2641 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 وم75 ويحيى91 والشيخ159.

نص خليل وَفِي رِضَاهُ إنْ تَعَدَّى بِهِ تَأْوِيلاَنِ وَرِضَاهُ بِمُخَالَفَتِهِ فِي سَلَمٍ إنْ دَفَعَ الثمَنَ بِمُسَمَّاهُ.

متن الحطاب وهو أن للوكيل عزل وكيله اتفاقا، ونقل ابن فرحون في ألغازه فرعا آخر، ونصه: فإن قلت: رجل غير الحاكم يجوز له أن يعزل وكيل رجل ولم يأذن له الموكل في عزله ولا علق عزله على شيء؟ قلت: إذا وكل الرجل وكيلا وجعل له أن يوكل فوكل الوكيل رجلا فللموكل الأول عزل وكيل وكيله. اهـ. وهذا الفرع وفرع ابن عرفة فرعان عزيزان.

فرع: قال ابن سلمون: ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الذي وكله، وينعزلان معا بموت الموكل [الأول.[2642]] انتهى.

203 فرع: قال ابن رشد في نوازله: ما قبض وكيل الوكيل/ من مال موكل موكله فيلزمه أن يدفعه إلى من أراد قبضه منه من موكله ومن صاحب المال إذا ثبت أن المال له ببينة أو بإقرار من الوكيل وليس له أن يمتنع من ذلك لأنه يبرأ بالدفع إلى من دفع إليه منهما يبين هذه مسألة كتاب السلم الثاني من المدونة، وهي من وكل رجلا على أن يسلم له في طعام ففعل ثم أتى الآمر وأراد قبض السلم. انتهى. ومسألة المدونة المذكورة سيقول المصنف فيها: "ولك قبض سلمه لك إن ثبت ببينة" فتأمله. والله أعلم.

ص: **وفي رضاه إن تعدى به تأويلان** ش: أي وفي جواز رضا الموكل يريد بفعل الوكيل الثاني إن كان الوكيل الأول متعديا بتوكيله تأويلان. قال في التوضيح: قال في السلم الثاني من المدونة: ومن وكل رجلا [ليسلم[2643]] له في طعام فوكل الوكيل غيره لم يجز، ثم قال: واختلف في معنى قوله في الكتاب: لم يجز فحمله بعضهم على أن للآمر فسخه وإجازته، وحمله ابن يونس على أن المعنى لم يجز رضا الآمر بما يعمل وكيل وكيله إذ بتعديه صار الثمن عليه دينا للآمر فلا يفسخه في سلم الوكيل الثاني، إلا أن يكون قد حل وقبضه لسلامته من الدين بالدين. انتهى. فيقيد ذلك بالسلم كما قيده ابن غازي.

ص: **كرضاه بمخالفته في سلم إن دفع الثمن بمسماه** ش: الباء في "بمسماه" بمعنى في أي ومنع رضاه في السلم بمخالفته في الثمن الذي سماه، فالمخالفة هنا في المسمى، وفي المسألة الأولى في النوع أو الجنس، وقد جمعهما في المدونة فقال في السلم الثاني: وإن دفعت إليه دراهم ليسلمها لك في ثوب هروي فأسلمها في بساط شعر، أو ليشتري لك بها ثوبا فأسلمها لك في طعام أو في غير ما أمرته به، أو زاد في الثمن ما لا يزاد على مثله فليس لك أن تجيز فعله وتطالب بما أسلم فيه من عرض أو طعام أو ترفع إليه ما زاد؛ لأن الدراهم لما تعدى عليها المأمور وجبت عليه دينا ففسختها فيما لا تتعجله وذلك دين بدين، ويدخل في أخذك للطعام الذي أسلم فيه أيضا مع ما ذكرنا بيعه قبل قبضه لا شك فيه؛ لأن الطعام قد وجب للمأمور بالتعدي فليس له بيعه حتى يقبضه وسلم المأمور لازم له ولا له ولا لك فسخه ولا شيء لك أنت على البائع، وإنما لك على المأمور ما دفعت إليه من الثمن، ولو لم تدفع إليه الثمن وأمرته أن يسلم لك من عنده في قمح أو في جارية أو في ثوب ولم تصفها له، فإن أسلم في غير ما أمرته به من طعام أو فيما لا يشترى لمثلك من جارية أو ثوب فلك أن تتركه ولا يلزمك الثمن، أو ترضى به

الحديث ....

[2642] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 202 وم75 ويحيى91 والشيخ159.

[2643] – في المطبوع يسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 203 وم75 ويحيى91 والشيخ159.

نص خليل أَوْ بِدَيْنٍ إِنْ فَاتَ وَبِيعَ فَإِنْ وَفَى بِالتَّسْمِيَةِ أَوِ الْقِيمَةِ وَإِلاَّ غَرِمَ.

متن الحطاب وتدفع [إليه[2644]] الثمن لأنك لم يجب لك عليه دين ففسخته وكأنه ولاك، ولا يجوز هاهنا أن يؤخرك بالثمن وإن تراضيتما بذلك لأنه لم يلزمك ما أسلم فيه إلا برضاك، فكأنه بيع مؤتنف لدين له وتولية فتأخير الثمن فيه دين بدين. انتهى. وتفريق المصنف لذلك مشوش، فلو جمعهما كما في المدونة واستغنى بقوله أولا: "والرضا بمخالفته" في سلم إلى آخره لكان أحسن؛ لأن المخالفة تشمل جميع ذلك. والله أعلم.

ص: **أو بدين إن فات** ش: هو معطوف على قوله: "بمخالفته" ويصح أن يعطف على قوله: "بمسماه" والمعنى أن من وكل رجلا على بيع سلعة بالنقد أو لم يسم له نقدا ولا مؤجلا فباعها بدين فإن الوكيل متعد في بيعه بالدين، وسواء سمى له الموكل [قدرا من[2645]] الثمن أم لا، ثم لا يخلوا الحال من أمرين إما أن يطلع على ذلك بعد فوات السلعة أو قبل فواتها، فإن فاتت السلعة فإنه لا يجوز للموكل أن يرضى بالثمن/ المؤجل لأنه قد وجب له على الوكيل التسمية إن كان سمى له ثمنا، أو القيمة إن كان لم يسم، فرضاه بعد ذلك بالدين المؤجل فسخ دين في دين، وإن كانت القيمة أو التسمية أقل من الثمن المؤجل وهو الغالب لزم منه بيع قليل بأكثر منه إلى أجل وهو عين الربا، وقيل يجوز له الرضا بالمؤجل، وقيل للموكل أن يلزم الوكيل القيمة إن لم يسم أو التسمية إن سمى ويبقى الثمن المؤجل لأجله، والمشهور المنع من ذلك، ومفهوم الشرط [في[2646]] قوله: "إن فات" أنه إذا لم تفت السلعة لم يمتنع رضاه بالثمن المؤجل وهو كذلك لأن رضاه حينئذ كإنشاء عقدة، وقد تقدم أنه إذا خالف الوكيل في البيع فإنه يخير الموكل في رد البيع وفي إجازته، فكذلك هنا يخير الموكل في إجازة البيع بالثمن المؤجل، وفي رد المبيع وأخذ سلعته، وسواء [سمى الثمن[2647]] [للوكيل[2648]] أم لا، ونص على ذلك في التوضيح، ووجهه أنه جعل الوكيل لما باع بالدين متعديا، فإذا كانت السلعة قائمة فالموكل مخير كما تقدم، فجاز له الرضا لأن ذلك كإنشاء عقدة.

204

ص: **وبيع فإن وفى بالقيمة أو التسمية وإلا غرم** ش: لما ذكر أنه يمتنع رضا الموكل بالثمن المؤجل نبه على أنه لا يجوز له أن يلزم الوكيل القيمة أو التسمية لأنه يؤدي إلى دفع قليل في كثير وأن الحكم في ذلك أن يباع الدين المؤجل، فإذا بيع فإن وفى بقيمة السلعة إن كان الموكل لم يسم [لها[2649]] ثمنا أو بالتسمية إن كان سمى لها ثمنا فلا كلام، وقوله: "وإلا غرم" أي وإن لم يوف ما بيع به الدين بالقيمة في الصورة الأولى أو بالتسمية في الصورة الثانية فإن الوكيل يغرم للموكل ما نقص، فإن بيع بأكثر أخذ الموكل الجميع إذ لا ربح للمتعدي.

الحديث

2644 - في المطبوع إليك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 203 وم75 والشيخ160.

2645 - في المطبوع قدر رأس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 203 وم75 ويحيى91 والشيخ160.

2646 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 وم75 ويحيى91 والشيخ160.

2647 *- في المطبوع وم75 والشيخ160 وسيد36 سمى له الثمن وما بين المعقوفين من يحيى92.

2648 *- في المطبوع الوكيل وما بين المعقوفين من م75 ويحيى92 والشيخ160 وسيد36.

2649 *- في المطبوع له وما بين المعقوفين من م75 ويحيى92 وسيد36 والشيخ160.

نص خليل

وَإِنْ سَأَلَ غُرْمَ التَّسْمِيَةِ أوِ الْقِيمَةِ وَيَصْبِرَ لِيَقْبِضَهَا وَيَدْفَعَ الْبَاقِيَ جَازَ إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَهَا فَأَقَلَّ وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِ سِلْعَةٍ فَأَسْلَمَهَا فِي طَعَامٍ أغْرَمَ التَّسْمِيَةَ أوِ الْقِيمَةَ وَاسْتُؤْنِيَ بالطَّعَامِ لأَجَلِهِ فَبِيعَ وَغُرْمَ النَّقْصَ وَالزِّيَادَةُ لَكَ.

متن الحطاب

ص: وإن سأل غرم التسمية ويصبر ليقبضها [و[2650]]يدفع الباقي جاز إن كانت قيمته مثلها فأقل ش: يعني فلو قال الوكيل أنا أغرم جميع التسمية يريد إذا كان الموكل سمى لها ثمنا، ومثله إذا قال أغرم جميع القيمة فيما إذا لم يسم وأصبر في الصورتين حتى يحل الدين المؤجل فآخذ منه التسمية أو القيمة التي دفعتها، وما زاد على ما دفعته [أعطيه[2651]] للموكل فإن ذلك جائز بشرط أن تكون قيمة الدين إذا بيع الآن مثل التسمية فأقل [إذا سمى، أو مثل قيمة السلعة فأقل[2652]] إذا لم يسم؛ لأن الواجب للموكل إذا بيع الدين ما بيع به إن وفى بالقيمة أو التسمية أو تكملة ذلك إذا لم يوف، فإذا طاع الوكيل بدفع ذلك الآن من عنده ثم بدفع ما كان من الدين من زيادة فقد أحسن، ومفهوم الشرط في قوله: "إن كانت قيمته مثلها فأقل" أنها إن كانت قيمة الدين الآن أكثر من التسمية إن كان سمى أو القيمة إن كان لم يسم لم يجز ذلك وهو كذلك؛ لأن الموكل كان له أن يقبض قيمة الدين التي هي أكثر من التسمية أو القيمة فكأنه فسخ الزائد في بقية الدين المؤجل، كما لو كانت قيمة الدين المؤجل اثني عشر والتسمية أو قيمة السلعة عشرة والدين الذي بيعت به خمسة عشر وسأل الوكيل أن يدفع العشرة التي هي التسمية أو القيمة ويصبر حتى يحل الدين المؤجل الذي هو خمسة عشر فيأخذ منه العشرة التي دفعها ويدفع الباقي للموكل فإن ذلك لا يجوز، لأن الموكل كان له أن يأخذ الآن قيمة الدين التي هي اثنا عشر فكأنه [أخر[2653]] الدينارين ليأخذ عنهما خمسة وقيمة الدين تكون أقل منه غالبا، وإن كانت قيمة الدين أقل من التسمية أو القيمة وسأل الوكيل غرم أحدهما ويصبر إلى آخر ما تقدم فاختلف في ذلك، فأجازه ابن القاسم، ومنعه أشهب، ومشى المصنف على قول ابن القاسم فقال: "إن كانت قيمته" أي الدين مثلها أي مثل التسمية "فأقل"، وقوله: "ويصبر ليقبضها" منصوب بأن مضمرة بعد الواو العاطفة على اسم خالص من التقدير بالفعل ويقبضها بكسر الباء في المضارع، وتفتح في الماضي، والضمير في قوله: "ليقبضها" راجع للتسمية التي عرفها. والله أعلم./

205

ص: وإن أمر ببيع سلعة [فأسلمها[2654]] في طعام أغرم التسمية أو القيمة واستؤني [بالطعام[2655]] لأجله [فبيع[2656]] وغرم النقص والزيادة لك ش: يشير إلى قوله في السلم الثاني

الحديث

2650 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 وم75 ويحيى92 والشيخ160.

2651 *- في المطبوع وسيد36 والشيخ160 أعطه وما بين المعقوفين من م75 ويحيى92.

2652 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 وم75 ويحيى92 والشيخ160.

2653 - في المطبوع أخذ وم76 والشيخ161 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 ويحيى92.

2654 - في المطبوع واسلمها وما بين المعقوفين من ن عدود ص205 والشيخ161 ويحيى92 وم76.

2655 - في المطبوع في الطعام وما بين المعقوفين من ن عدود ص205 وم76 ويحيى92 والشيخ161.

2656 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 205 وم76 ويحيى92 والشيخ161.

نص خليل وَضَمِنَ إنْ أَقْبَضَ الدَّيْنَ وَلَمْ يُشْهِدْ

متن الحطاب من المدونة: وإن أمرته أن يبيع سلعة فأسلمها في طعام أغرمته الآن التسمية أو القيمة إن لم تسم ثم استؤني بالطعام فإذا حل أجله استوفي ثم بيع فكانت الزيادة لك والنقص عليه. قال أبو الحسن: لأن هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه بخلاف ما تقدم، وانظر من يتولى البيع. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: إنما يكون على المأمور أن يبيع من الطعام مقدار القيمة أو التسمية، التي لزمته والزائد ليس عليه بيعه إلا أن يشاء، لأن بقية الطعام للآمر. انتهى. فيفهم مما حكاه ابن يونس أن الذي يتولى البيع هو الوكيل، والذي تقدم هو قوله في المدونة قبل الكلام المذكور: وإن أمرته ببيع سلعة فأسلمها في عرض مؤجل أو باعها بدنانير مؤجلة، فإن أدرك البيع فسخ، وإن لم يدرك بيع العرض بعين نقدا أو بيعت الدنانير بعرض نقدا ثم بيع العرض بعين نقدا، فإن كان ذلك مثل القيمة أو التسمية فأكثر كان ذلك لك، وما نقص من ذلك ضمنه المأمور، ولو أسلمها في طعام إلى أخر كلامه المتقدم. هذا لفظ المدونة. والله أعلم.

ص: وضمن إن أقبض الدين ولم يشهد ش: يقع في بعض النسخ بحذف مفعول أقبض فيعم الدين والمبيع كما قاله ابن غازي، وظاهر كلام المصنف، سواء كانت العادة جارية بترك الإشهاد أو لم تكن، وهو المشهور، وقيل إذا كانت العادة جارية بذلك لم يضمن، وهذه إحدى الطريقتين في المذهب، وهي طريقة الرجراجي. قال في كتاب الوكالات: فإن جحده الثمن جملة هل يصدق أم لا؟ فالمذهب على قولين أحدهما أنه لا يصدق ويضمن لتفريطه في ترك الإشهاد، وهو قول ابن القاسم في الكتاب، وهو مشهور المذهب، والثاني أنه يصدق ولا ضمان عليه، وهو قول عبد الملك [في الوكيل وفي المبعوث[2657]] معه المالُ ليدفعه إلى رجل فأنكر المبعوث إليه أن يكون دفع إليه فقال عبد الملك لا ضمان عليهما، لأن العادة اليوم ترك الإشهاد على مثل هذا، وابن القاسم [يُضمنهما[2658]] في الجميع. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو سلم المبيع ولم يشهد فجحد المشتري الثمن ضمن، ولو أقبض الدين فكذلك، وقيل إلا أن تكون العادة الترك. انتهى.

قال في التوضيح: قوله: "وقيل" الخ قال ابن عبد السلام: هو قول ثان ذكره بعض الشيوخ. انتهى. والطريقة الأخرى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إذا كانت العادة جارية بترك الإشهاد، وإنما الخلاف إذا كانت العادة جارية بالأمرين أو لم تكن عادة، وهذه الطريقة تشبه أن تكون طريقة اللخمي والشيخ أبي الحسن. قال في التوضيح إثر كلامه المتقدم: وأشار بعضهم إلى أنه لا يختلف في سقوط الضمان إن كانت العادة ترك الإشهاد، وإنما يختلف إذا كانت العادة بالأمرين معا الإشهاد وعدمه أو لم تكن عادة. انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: إن الوكيل ضامن ولو صدقه الموكل على الدفع ما لم يكن ذلك بحضرته، ففي كتاب القراض منها: وإذا دفع العامل ثمن سلعة بغير بينة فجحده البائع وحبس السلعة فالعامل ضامن، وكذلك الوكيل على شراء سلعة بعينها أو بغير عينها يدفع الثمن [فيجحده[2659]] البائع فهو

الحديث ....

2657 *- في المطبوع الوكيل في المبعوث وما بين المعقوفين من م76 ويحيى92.

2658 *- في المطبوع يضمنها وما بين المعقوفين من م76 ويحيى92 والشيخ162.

2659 *- في المطبوع فجحده وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص538.

نص خليل أَوْ بَاعَ بِكَطَعَامٍ نَقْدًا مَّا لاَ يُبَاعُ بِهِ وَادَّعَى الإِذْنَ فَنُوزِعَ.

متن الحطاب ضامن ولرب المال أن [يُغرمهما،[2660]] وإن علم رب المال بقبض البائع الثمن بإقراره عنده ثم جحده أو بغير ذلك ويطيب له ما يقضى له به من ذلك إلا أن يدفع الوكيل الثمن بحضرة رب المال فلا يضمن. انتهى. وقاله ابن الحاجب في كتاب الوديعة على ما في نسخ التوضيح، ونقله هنا في التوضيح، وتقدم في الحمالة عن البيان نحوه.

ص: **أو باع بكطعام نقدا ما لا يباع به وادعى الإذن فنوزع** ش: يعني أن الوكيل إذا باع السلعة التي وكل على بيعها بطعام أو عرض أو نحوه وكانت السلعة مما لا تباع بذلك وادعى أن الموكل أذن له في ذلك/ ونازعه الموكل في ذلك وأنكر الإذن فإنه يضمن، ولم يبين رحمه الله ما الذي يضمنه، وهل ذلك مع قيام السلعة أو مع فواتها؟ والحكم في ذلك أنه إن كانت السلعة قائمة خير الموكل في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به أو نقض البيع وأخذ سلعته، وإن فاتت خير في أخذ ما بيعت به أو تضمين الوكيل قيمتها. 206

قال في كتاب الوكالات من المدونة: وإن باع المأمور سلعة بطعام أو عرض نقدا وقال بذلك أمرتني وأنكر الآمر، فإن كانت مما لا يباع بذلك ضمن، وقال غيره إن كانت السلعة قائمة لم يضمن المأمور وخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به [أو ينقض البيع ويأخذ سلعته، وإن فاتت خير في أخذ ما بيعت به[2661]] من عرض أو طعام أو يضمن الوكيل قيمتها ويسلم ذلك إليه. قال أبو الحسن: قوله ضمن ظاهره فاتت السلعة أم لا وليس كذلك، وإنما معنى قوله ضمن إذا فاتت السلعة، فقول الغير وفاق. قاله في التنبيهات. انتهى. فقول المصنف: "ضمن" أي ضمن قيمة السلعة يريد مع فواتها، وأما إذا كانت قائمة فهو مخير في إجازة البيع ورده، وذلك بعد يمينه كما سيأتي، ويؤخذ ذلك من كلام عياض الآتي هنا، وقول المصنف: "نقدا" احترز به مما إذا باع بذلك إلى أجل فإنه لا يجوز الرضا به ولا أخذ القيمة كما تقدم. ثم قال في التنبيهات: وانظر إذا كان المأمور لم يعلم المشتري أنها لغيره واحتاج إلى إثبات ذلك والخصام فيه هل هو فوت؟ والأشبه أنه فوت، وكذلك لو ثبت ولزمته اليمين، وإنما الذي لا إشكال فيه إذا أعلم المأمور المشتري بتعديه. انتهى. وهذا –والله أعلم– هو الذي أشار إليه بقوله: "وادعى الإذن فنوزع" فأراد أن ينبه على أن منازعته في الإذن ومخاصمته في ذلك وتوجيه اليمين عليه بسبب ذلك فوت يوجب الضمان، ولهذا لم يذكر هل السلعة قائمة أو فاتت، ولو لم يرد التنبيه على هذا لما كان لذكره هذه المسألة فائدة فإنها مستفادة مما تقدم.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: للموكل رد البيع بالغبن الفاحش ويضمن الوكيل القيمة إن تلف المبيع.انتهى من الجزيري. انتهى. وفي الذخيرة: فرع: قال علي البصري في تعليقه: إذا باع الوكيل بما لا يتغابن به الناس رد، وقاله الشافعي لعزله عن ذلك عادة، وقال أبو حنيفة يصح لأن اسم البيع يتناوله، لأنه أعم وجوابه عمومه مقيد بالعادة، وكذلك منع مالك والشافعي بيعه بالدين، وجوزه أبو حنيفة من الإطلاق وجوابه ما تقدم. انتهى.

الحديث ....

[2660] *- في المطبوع وم76 يغرمها وما بين المعقوفين من الشيخ162 وسيد36 ويحيى92.

[2661] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم76 ويحيى93 والشيخ162.

نص خليل أَوْ أَنْكَرَ الْقَبْضَ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ فَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالتَّلَفِ كَالْمِدْيَانِ.

متن الحطاب ص: [أو[2662]] أنكر القبض فقامت البينة فشهدت [بينة[2663]] بالتلف كالمديان ش: يعني أن الوكيل إذا أنكر أن يكون قبض ما وكل عليه أو قبض ثمن ما وكل على بيعه فلما قامت عليه البينة قال تلف أو رددته فإنه لا يقبل قوله ولو أقام بينة بذلك لم تسمع البينة كالمديان ينكر الدين فلما قامت عليه البينة ادعى قضاء الدين فإنه لا تسمع بينته. قال البرزلي: ومثل ذلك من ادُّعِيَ عليه بحق فأنكره ثم أقر به وادعى القضاء هو بمثابة من أنكر حقا فقامت عليه بينة فادعى القضاء الخلاف في المسألتين سواء. انتهى. وما ذكره المصنف هو المشهور، وقيل في هذا الأصل إن البينة تقبل، وقد ذكر في التوضيح هنا أعني في باب الوكالة مسائل وجزم فيها بأنها لا تسمع بينته، ثم ذكر في كتاب الوديعة هذا الأصل، وذكر فيه خلافا، وذكر [عن[2664]] ابن زُرقون أنه قال إن المشهور أن بينته تنفعه، ولكن المصنف لم يعتمد تشهيره.

وقال في التوضيح في باب الوديعة وفي باب القراض بعد أن ذكر الخلاف فيمن أنكر ما لا يتعلق بالذمة من قراض أو وديعة: أما إن أنكر شيئا يتعلق بالذمة، أو أنكر الدعوى في الربع أو فيما يفضي إلى الحدود ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه أو أقام عليه البينة ففيها أربعة أقوال: الأول لابن نافع يقبل منه في جميع الأشياء. الثاني لغير ابن القاسم في كتاب اللعان من المدونة لا يقبل منه ما أتى به في جميع الأشياء. الثالث لابن المواز يقبل منه في الحدود [دون غيرها[2665]].

الرابع يقبل منه في الحدود [والأصول[2666]] ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها من [المنقولات،[2667]] وهو قول/ ابن القاسم في المدونة. انتهى من كتاب الوديعة، ونحوه في كتاب القراض، ونصه: أما إن أنكر ما لا يتعلق بالذمة وما أشبه ذلك من ربع أو ما يفضي إلى حد ثم رجع عن إنكاره لأمر ادعاه وأقام عليه بينة فاختلف فيه على أربعة أقوال: قال ابن نافع: ينفعه في كل شيء. والثاني مقابله قاله غير ابن القاسم في الحدود التي تدرأ بالشبهات فأحرى غيرها. الثالث لابن القاسم ولابن كنانة لا ينتفع بذلك إلا في الربع والحدود. الرابع لابن المواز لا ينتفع بذلك إلا في الحدود. اهـ. وما ذكره عن ابن كنانة نقله عنه في النوادر من المجموعة، ونصه: ومن المجموعة: قال ابن كنانة: فيمن ادعى عليه رجل مالا فجحده ثم أتى ببينة أنه رده إليه قال لا تنفعه البراءة إلا أن يأتي بوجه له فيه عذر. قال: ومن ادعى على رجل أرضا في يديه قد حازها عشر سنين فأنكر الذي هي في يديه أن يعرف أنها له فأثبت المدعي ببينة أنها له فجاء هذا ببينة أنه ابتاعها منه أو من أبيه قال ذلك يقبل منه لأنه يقول رجوت أن حيازتي تكفيني وليس هذا كالدين. انتهى. وقد ذكر ابن رشد الأقوال الأربعة في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب القراض، وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات، وفي رسم إن خرجت من كتاب الشركة، وفي رسم أسلم من سماع

207

الحديث

2662 *- في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م76 والشيخ163 وسيد36.

2663 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم76 ويحيى93 والشيخ163.

2664 *- ساقطة من المطبوع وسيد36 وقد وردت في م76 ويحيى93 والشيخ163.

2665 - في المطبوع الحدود وغيرها وما بين المعقوفين من الشيخ163 وسيد36.

2666 - في المطبوع والأموال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم77 ويحيى93 والشيخ163.

2667 - في المطبوع المتمولات وهي نسخة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم77 ويحيى93 والشيخ163.

نص خليل ....

متن الحطاب عيسى من كتاب الدعوى والصلح، ونص كلامه في كتاب الدعوى والصلح: قيل إن البينة تقبل منه بعد الإنكار، وقيل إنما تقبل منه في الأصول ولا تقبل منه في الحقوق، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدونة. قالا: ولو أن رجلا ادعى أرضا في يد رجل فقال مالك عندي أرض وما علمت لك أرضا قط، فأقام البينة أنها أرضه وأثبتها، ثم أقر الذي هي في يديه فقال نعم هي والله أرضك، ولكن قد اشتريتها منك وأقام بشرائه بينة فإن اشتراءه لذلك يقبل منه وتكون له الأرض، ولا يضره إنكاره [أولا[2668]] لأنه يقول كان والله حوزي ينفعني أصنع بالأرض ما شئت، فأبيت أن أقر أنها له فيكون عليَّ العمل فكرهت أن أعنت في ذلك، فإذ قد احتجت إلى شرائي بعد أن أثبتها فهذا شرائي. قالا: فذلك له، وليس مثل الذي ادعي عليه الحق فجحده، وأدخل ذلك ابن أبي زيد في النوادر، ومن المجموعة: قال: وسواء أقام بينة بشراء من المدعي أو من أبيه لأنه يقول رجوت أن حيازتي تكفيني، وليس ذلك مثل المدين، وقيل إن ذلك لا يقبل منه إلا في اللعان إن ادعى رؤية بعد إنكاره القذف وأراد أن يلاعن، وكذلك ما أشبه اللعان من الحدود، وهو قول محمد بن المواز، وقيل إن ذلك لا يقبل منه في اللعان، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة أنه يحد ولا يلاعن. فتحصل في المسألة أربعة أقوال: أحدها أن ذلك لا يقبل [منه ما أتى[2669]] به بعد الجحود في شيء من الأشياء، وهو قول غير ابن القاسم هذا في اللعان لأنه إذا لم يقبل منه ذلك في اللعان فأحرى أن لا [يقبل[2670]] فيما سواه من الديون والأصول، والثاني أن يقبل منه ما أتى به بعد الجحود في جميع الأشياء، والثالث ما ذهب إليه ابن المواز من الفرق بين الحدود وما سواها من الأشياء، والرابع أنه يقبل منه ما أتى به في الأصول [و الحدود،[2671]] ولا يقبل منه ذلك في الحقوق من الديون وشبهها، وهو الذي يأتي على ما في المدونة لابن كنانة وابن القاسم؛ لأنه إذا قبل منه ما أتى به بعد الجحود في الأموال فأحرى أن يقبل منه ذلك في الحدود. انتهى.

وحكى ابن عرفة كلام ابن رشد في كتاب الوديعة، وأما في باب الوكالة فاقتصر على أنه لا تقبل بينته، وقال تمامها في الوديعة، وذكر في باب القراض كلام ابن رشد، وقال في باب الوديعة: الشيخ: قال ابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب والأخوين: من أودع وديعة ببينة ثم جحدها ثم أقام بردها بينة أنه ضامن لأنه أكذب بينته بجحدها؛ يريد إن قال ما أودعتني شيئا، ولو قال مالك عندي من هذه

208 الوديعة شيء نفعته بينته. انتهى. ثم قال ابن عرفة في آخر كلامه عن/ اللخمي: وإن قال أودعتني مائة درهم، ثم قال لم أقبضها لم يصدق، ولو قال اشتريت منك ثوبا، ثم قال: لم أقبضه قُبِلَ قوله مع يمينه لأن أودعتني يدل على القبض والشراء يقع على العقد. انتهى.

تنبيه: ما ذكره ابن عرفة عن الشيخ ابن أبي زيد من التفرقة بين قوله ما أودعتني شيئا فلا تسمع بينته، وبين قوله ما لك عندي من هذه الوديعة شيء فتسمع بينته ظاهر، وهو جار في جميع مسائل

الحديث ....

2668 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 207 وم77 ويحيى93 والشيخ164.

2669 *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في المطبوعة وسيد36 ويحيى94 وفي الشيخ سيديا164 منه (وهو ما أتى) والصواب أحدها أن لا يقبل منه ما أتى.

2670 *- في المطبوع ويحيى94 وسيد36 والشيخ164 يقبله وما بين المعقوفين من م77.

2671 *- في المطبوع أو الحدود وما بين المعقوفين من م77 والشيخ164 ويحيى94 وسيد36.

نص خليل ....

متن الحطاب هذا الباب، فقد قال ابن فرحون في الباب السادس والخمسين من القسم الثاني من تبصرته: من ادعى [عليه[2672]] رجل دينا من سلف أو قراض أو وديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صدقة أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك، فلما خاف أن تقوم عليه البينة أقر وادعى فيه وجها من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما زعم أخيرا، لأن جحوده أولا [إكذاب للبينة[2673]] فلا تسمع وإن كانوا عدولا.

تنبيه: وكذلك الحكم إن لم يقر ولكن قامت بذلك بينة فأقام هو بينة أيضا على رد السلف أو الوديعة أو القراض أو البضاعة أو الرسالة أو على هلاك ذلك فلا ينفعه لأنه بإنكاره مكذب لذلك كله، هذا قول الرواة أجمعين ابن القاسم وأشهب وابن وهب ومطرف وابن الماجشون.

فرع: وأما إن قال مالك علي سلف ولا ثمن سلعة ولا لك عندي وديعة ولا قراض ولا بضاعة، فلما ثبت ذلك قبله بالبينة أقر بذلك وزعم [أن رد[2674]] الوديعة والسلعة أو غير ذلك مما يدعي عليه أو ادعى هلاكه، وأقام على ذلك بينة فها هنا تنفعه البراءة؛ لأن قوله ما لك شيء يريد في وقتي هذا، وأما في الصورة الأولى إذا قال ما أسلفتني ولا أودعتني فليس مثل قوله هنا مالك علي سلف. قال ابن حبيب: وهذا مما لا أعلم فيه خلافا عند الرواة، إلا أني رأيت في كتاب الأقضية من السماع شيئا يخالف هذا، وأظن له وجها يصحح معناه إن شاء الله، وذلك أنه سئل مالك عن رجل بعث معه رجل بعشرين دينارا يبلغها إلى الجار والجار موضع وكتب إليه كتابا وأشهد عليه عند دفعه إليه، فحمل الكتاب وبلغه إلى من أرسل إليه، فلما قرأه سأله عن الذهب فجحده إياه، ثم إنه قدم المدينة فسأله الذي أرسل معه الذهب وقال له إني أشهدت عليك. فقال له إن كنت دفعت إلي شيئا فقد ضاع. فقال مالك: ما أرى عليه إلا يمينه، وأرى هذا من مالك إنما هو في الجاهل الذي لا يعرف أن الإنكار يضره، وأما العالم الذي يعلم أنه يضره ثم يندم عليه بعد ذلك فلا يعذر. انتهى من كتاب الرعيني. انتهى كلام ابن فرحون. وهذا كله كلام الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار، غير أن الرعيني زاد بعده: ورأيت لابن مزين لفظة إنه قبل ببينة على القضاء وإن جحده وقال ما أسلفتني قط شيئا، والأول أصوب إن شاء الله، وفي مسائل العيوب من البرزلي فيمن قيم عليه بعيب فأنكر البيع، فلما ثبت عليه زعم أن المشتري اعتمر وعرض للبيع بعد اطلاعه على العيب فقال هاشم بن محمد هذا تناقض [منه[2675]] لأنه كذب بينته. قلت: هذه المسألة تجري على مسألة من طولب بشيء فأنكره وأقيمت عليه البينة فأتى بحجة توجب قبول قوله، وفيها خلاف مشهور في المدونة من مسألة اللعان والتخيير والوديعة وغيرها. حكاه ابن رشد وغيره. انتهى.

الحديث ....

[2672] *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من تبصرة ابن فرحون ج2 ص66.

[2673] - في المطبوع أكذب البينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 وم77 ويحيى94 والشيخ164.

[2674] - في المطبوع أن الوديعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 وم77 وسيد37 (ويحيى94 والشيخ165 والتبصرة ج2 ص66 أنه رد).

[2675] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 وم77 ويحيى94 والشيخ165.

نص خليل وَلَوْ قَالَ غَيْرُ الْمُفَوَّضِ قَبَضْتُ وَتَلِفَ بَرِئَ وَلَمْ يَبْرَأ الْغَرِيمُ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ وَلَزِمَ الْمُوَكلَ غُرْمُ الثمَنِ إلَى أنْ يَصِلَ لِرَبِهِ إن لَّمْ يَدْفَعْهُ لَهُ.

متن الحطاب **قلت:** فيتحصل مما تقدم جميعه أنه إذا أنكر أصل المعاملة ثم أقر، أو قامت عليه البينة وادعى ما يسقط ذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته ولو كانت بينة عادلة، بخلاف ما إذا قال مالك علي سلف ولا وديعة [ولا قراض[2676]] أو قال مالك عندي حق ثم أقر بعد ذلك، أو قامت عليه البينة فادعى ما يسقط ذلك فإنه تسمع دعواه أو بينته، وقد صرح بذلك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وبذلك صرح المصنف في باب الأقضية فقال: وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة، ثم لا تقبل بينته بالقضاء، بخلاف لا حق لك علي. انتهى. وينبغي أن يقيد ذلك أيضا بما قاله الرعيني؛ وهو أن يكون المدعى عليه يعرف أن الإنكار/ يضره، وأما إن كان [ممن[2677]] يجهل ذلك، ولا يفرق بين قوله ما أسلفتني وما أودعتني وبين قوله مالك عندي سلف ولا وديعة فيعذر بالجهل، إلا إذا حقق عليه [وقرر[2678]] عليه، وقيل له أنت تنكر هذا أصلا، فإذا قامت عليك البينة فلا تسمع بينتك، فإذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته، وينبغي أن يقيد ذلك بغير الحدود [والأصول؛[2679]] لأن هذا قول ابن القاسم وابن كنانة كما تقدم في كلام صاحب التوضيح وابن رشد وصاحب النوادر، وأما ما ذكره الرعيني عن ابن مزين فهو قول ابن نافع كما تقدم في كلامه في التوضيح، وما ذكره من مسألة المرسل معه إلى الجار هو في سماع عيسى، وجعله ابن رشد خلافا، وما قاله الرعيني ظاهر فتأمله. وانظر كلام ابن بطال في المقنع في باب ابتداء القضاء بالإقرار والإنكار فقد ذكر من ذلك مسائل. والله أعلم.

209

ص: **ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برئ ولم يبرأ الغريم إلا ببينة** ش: كرر هذه المسألة في المدونة في كتاب الشهادات من المدونة، وفي كتاب المديان: ولا يعارضها ما في كتاب الوكالات ولا ما في كتاب النكاح الأول. والله أعلم.

فرع: قال في الذخيرة في باب كتاب الزكاة في الكلام على خروج الساعي: يحصل الإبراء بالدفع إلى الوكيل الفاسق وإن لم يوصل الحق لمستحقه. انتهى. ومراده إذا دفع إليه ما وكل فيه أو كان وكيلا مفوضا. والله أعلم.

فرع: قال ابن رشد في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب العارية: اختلف فيمن ادعى وكالة رجل فقبض له ماله وادعى تلفه فقيل يصدق فيما ادعى من الوكالة مع يمينه؛ لأن الغريم الدافع إليه قد صدقه، ويسقط عنه الضمان ويرجع صاحب المال به على الغريم بعد يمينه إن كان للغريم بينة على معاينة الدفع، وهذا يأتي على رواية عيسى هذه ولا يرجع الغريم على الوكيل بشيء لأنه قد صدق فيما يدعي من الوكالة بيمينه فكان ذلك كما لو ثبت بالبينة أو أقر بها صاحب المال على ما في

الحديث ....

[2676] – في المطبوع أو لا قراض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 وم77 ويحيى94 والشيخ165.

[2677] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم77 ويحيى95 والشيخ165.

[2678] – في المطبوع وقدر وم77 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 ويحيى95 والشيخ165.

[2679] – في المطبوع والأموال وما بين المعقوفين من ن ذي ص 209 وم78 ويحيى95 والشيخ165.

نص خليل وَصُدِّقَ فِي الرَّدِّ كَالْمُودَعِ فَلاَ يُؤَخِّرُ لِلإِشْهَادِ.

متن الحطاب كتاب النكاح الأول من المدونة، إلا أن يكون فرط في دفع المال للموكل حتى تلف عنده. قاله ابن الماجشون، وهو مذهب ابن القاسم، وحمله مطرف على التفريط فأوجب للغريم الرجوع عليه، وقيل لا يصدق وهو ضامن يحلف صاحب المال ما وكله ويرجع بماله على من شاء منهما، فإن رجع على الغريم رجع الغريم على الوكيل، وإن رجع على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع على أحد، وهو يأتي على ما في كتاب الوديعة من المدونة، وعلى ما في سماع سحنون لابن القاسم وأشهب، فعلى القول بأن الوكيل يصدق فيما ادعاه يحلف ويسقط عنه الضمان؛ وهو قوله في هذه الرواية، وأما على القول بأنه لا يصدق فيما ادعاه من الوكالة، فيلزم الغريم بعد يمين صاحب المال أنه ما وكله، واختلف إن كان عبدا هل يكون ذلك في رقبته أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك يكون في رقبته وإن كان الغريم قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع إليه باختياره لأنه قبله، وهو قول أشهب وابن القاسم في سماع سحنون، والثاني أن ذلك لا يكون إلا في ذمته؛ لأن الغريم قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع إليه باختياره، والثالث أن ذلك لا يكون في رقبته إلا أن يقر بالعداء. انتهى./ 210

ص: **وصدق في الرد كالمودع فلا يؤخر للإشهاد** ش: يعني أن كل من كان يصدق في دعواه الرد من وكيل أو مودع فليس له أن يؤخر الدفع إذا طولب بدفع ما عنده ويعتذر بالإشهاد لأنه مصدق في دعواه الرد من غير إشهاد. انتهى. وقوله: "صدق في الرد" أي مع يمينه، وسواء كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة أو طال، سواء كان مفوضا إليه أم لا. هذا قول مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوكالات ومذهب المدونة. قاله في آخر كتاب الوكالات.

وفي المسألة أربعة أقوال ذكرها ابن رشد في كتاب الوديعة من المقدمات [وفي[2680]] الرسم المذكور، ونقله ابن عرفة وابن عبد السلام والمصنف في التوضيح، ونص كلام ابن رشد: اختلف في الوكيل يدعي أنه دفع إلى موكله ما قبض له من الغرماء أو ما باع به متاعه على أربعة أقوال: أحدها أن القول قوله مع يمينه جملة من غير تفصيل، وهو قوله في هذه الرواية، وفي رسم [البز[2681]] من سماع ابن القاسم من المديان والتفليس، وفي آخر الوكالة من المدونة.

والثاني أنه إن كان بقرب ذلك بالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض شيئا، وعلى الوكيل البينة، وإن تباعد الأمر كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدا لم يكن على الوكيل بينة، [وهو[2682]] قول مطرف. والثالث إن كان بحضرة ذلك في الأيام اليسيرة صدق الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جدا صدق دون يمين، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم. والرابع تفرقة أصبغ بين الوكيل على شيء بعينه غارم حتى يقيم البينة وإن طال الأمر، والوكيل المفوض يصدق في القرب مع يمينه، وفي البعد دون يمين. انتهى. وعلى هذا فلو قال المصنف والقول قوله لكان أحسن؛ لأن لفظ صدق إنما يستعمل فيما يصدق فيه من غير يمين، وقال القاضي عبد الوهاب في شرح قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه": هذا لأن الوكيل

الحديث ....

2680 *- الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م78 ويحيى95 وسيد37 والشيخ166.

2681 *- في المطبوع البزي وما بين المعقوفين من م78 الشيخ166 ويحيى95 وسيد38.

2682 *- في المطبوع وسيد37 والشيخ166 فهو وما بين المعقوفين من م78 ويحيى95.

نص خليل ....

متن الحطاب والمودع والرسول مؤتمنون فيما بينهم وبين الموكل والمودع والمرسل، فإذا ذكروا أنهم ردوا ما دفع إليهم إلى أربابه قبل ذلك منهم؛ لأن أرباب الأموال قد ائتمنوهم على ذلك، فكان قولهم مقبولا فيما بينهم وبينهم، وكذلك العامل في القراض مؤتمن في رد القراض ما بينه وبين المالك، إلا أن يكون واحد منهم أخذ المال ببينة فلا تبرئه دعوى رده، إلا أن يكون له بينة؛ لأن رب المال حينئذ لم يأتمنه لما استوثق منه بالبينة. انتهى. ونقله عنه الزناتي، وهو نص كتاب الوديعة من المدونة إلا الوكيل، ونص عليه أيضا الفاكهاني والمشذالي، وأما العارية فقال ابن رشد في المقدمات إن له أن يشهد على المعير في رد العارية عليه وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد؛ لأن العارية تضمن والوديعة لا تضمن. اهـ.

تنبيهات: الأول: قول المصنف: "كالمودع" يشير به –والله أعلم– إلى أن الوكيل إنما يصدق في رد ما وكل عليه إلى ربه إذا قبضه بغير إشهاد، وأما ما قبضه بإشهاد فلا يصدق في رده كما صرح به القاضي عبد الوهاب والفاكهاني والزناتي وغيرهم.

الثاني: يظهر من كلام ابن رشد المتقدم أنه لا بد من اليمين مطلقا، طال الزمان أو لم يطل، ويظهر من كلام ابن عرفة أن اليمين تسقط مع طول المدة.

الثالث: الوكيل مصدق في الرد إلى موكله ولو ادعى ذلك بعد موت [موكله[2683]] كما يفهم ذلك من عموم كلام ابن رشد في سماع ابن القاسم وفي سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات، وكما [صرح[2684]] به البرزلي في مسائل الوكالات، وهذا –والله أعلم– ليس خاصا بالوكيل والموكل، بل هو عام في كل ما كان يصدق في دعواه الرد وكيل أو مودع إذا ادعى إيصال ذلك إلى اليد التي دفعت إليه، سواء كان الدافع حيا أو ميتا أنه يصدق في ذلك. والله أعلم. وهذا واضح، وإنما نبهت عليه؛ لأن بعض أهل العصر من أهل المغرب توقف في ذلك حتى أطلعته على النص في ذلك. والله أعلم.

211 **الرابع:** قال ابن ناجي في قول المدونة: ومن ذبح أضحيتك بغير أمرك/ فإما ولدك أو بعض عيالك [ممن[2685]] فعله ليكفيك مؤنتها فذلك مجزئ. يقوم منها إذا كان ربع بين أخ وأخت، وكان الأخ هو الذي يتولى عقد كرائه وقبضه سنين متطاولة، فجاءت أخته تطالب بمنابها من الكراء في جميع المدة المذكورة وزعمت أنها لم تقبض شيئا، وادعى هو دفعه لها أنه يقبل قوله مع يمينه إذ هو وكيلها بالعادة، ووقعت بالمدينة المهدية، وأفتى فيها بعض شيوخنا بما ذكرناه دون استناد لدليل، [وتأخر[2686]] الحكم بينهما حتى مات –يعني المفتي وهو ابن عرفة– فأفتى فيها شيخنا أبو مهدي بعكسه، وجيء لقاضيها [بالفتويين[2687]] فتوقف حتى وصل تونس، فناول شيخنا أبا مهدي ما أفتى به فقال نعم: هذا خطي، ثم ناوله ما أفتى به الشيخ المذكور فكتب تحته: رأى رحمه الله أنه وكيل

الحديث ....

[2683] – في المطبوع موكلهم وما بين المعقوفين من ذي ص210 وم78 ويحيى95 وسيد37 والشيخ167.

[2684] *– في المطبوع يصرح وما بين المعقوفين من يحيى96 وم78 وسيد37 والشيخ167.

[2685] – في المطبوع فمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 211 وم78 ويحيى96 والشيخ167.

[2686] *– في المطبوع أو تأخر وما بين المعقوفين من سيد37 وم78 والشيخ167 ويحيى96.

[2687] *– في المطبوع بالفتوتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص211.

نص خليل وَلأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ الاسْتِبْدَادُ إلاَّ لِشَرْطٍ وَإِنْ بِعْتَ وَبَاعَ فَالأَوَّلُ إلاَّ بِقَبْضٍ وَلَكَ قَبْضُ سَلَمِهِ لَكَ إنْ ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ.

متن الحطاب بالعادة فقبل قوله، وبه أقول وقطع ما أفتى به، [وأمره[2688]] أن يحكم بما أفتى الشيخ المذكور. وكان يقول رحمه الله ما خالفته في حياته، ولا أخالفه بعد وفاته.انتهى كلام ابن ناجي. وبعض شيوخه هو ابن عرفة كما تقدم أنه إذا قال بعض شيوخنا يعني ابن عرفة.

ص: **ولأحد الوكيلين الاستبداد إلا لشرط** ش: ما ذكره ابن غازي هنا كاف فيما يتعلق بكلام المؤلف، ونحو عبارته لصاحب الإرشاد في إرشاده وفي معتمده وشرحه، واعترضه الشيخ سليمان بما اعترض به المصنف على ابن الحاجب. والله أعلم.

ص: **وإن بعت وباع فالأول إلا لقبض** ش: [قاله[2689]] في كتاب الوكالات من المدونة.

تنبيهان: الأول: إنما يكون الثاني أحق إذا قبض السلعة ولم يعلم ببيع الأول لا هو ولا الذي باعه، أما إن باع الثاني منهما وهو عالم ببيع الأول وقبض المشتري الثاني السلعة وهو يعلم ذلك في وقت قبضه فالأول أولى. قاله في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات.

الثاني: إذا أكرى الوكيل والموكل فهي للأول على كل حال. قاله ابن رشد في الرسم المذكور، ونقله أبو الحسن. قال ابن رشد: لأنه لا يدخل في ضمان من قبضه. والله أعلم.

ص: **ولك قبض سلمه لك إن ثبت ببينة** ش: قال في كتاب السلم الثاني من المدونة: ولك قبض ما أسلم لك فيه وكيلك بغير حضرته ويبرأ إذا دفعه إليك إن كانت لك بينة أنه أسلمه لك، وإن لم يكن دفع إليك ذلك ببينة فالمأمور أولى بقبضه منك. قال أبو الحسن: قال ابن يونس :حكي عن القابسي أنه قال: ولو أقر الذي عليه الطعام بأن المأمور أقر عنده أن الطعام للمقر له لا يجبر على دفعها ولا يكون شاهدا، لأن في شهادته منفعة له لأنه يحب أن يفرغ ذمته. قال: وقد رأى بعض أصحابنا أنه يؤمر بالدفع إلى المقر له، فإن جاء المأمور فصدقه برئ، وإلا غرم له ثانية، وقال بعض القرويين إن ما قاله القابسي من أن من عليه الحق لا يكون شاهدا نحوه في كتاب ابن سحنون عن أبيه، وقال بعض القرويين شهادته في هذا جائزة إذا كان عدلا، ويحلف المقر [له[2690]] معه ويستحق، ولا تهمة في ذلك إذا حل الأجل. انتهى. فحاصله أنه اختلف هل يقضى عليه بإقراره أو لا على قولين، وعلى القول بعدم القضاء فهل يكون شاهدا؟ قولان. قال في الشامل: وفي جبر مسلم إليه على الدفع لمن أقر له المسلم الغائب قولان، وفي كونه [شاهدا[2691]] إن كان عدلا يحلف معه المستحق ويأخذ ذلك قولان، أما إن ثبت ببينة فله قبضه اتفاقا. انتهى. وما ذكره عن القابسي من عدم جبره على الدفع هو الذي جزم به القاضي عبد الوهاب في المعونة فقال: إذا وكله على قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدق

الحديث ....

2688 - في المطبوع واراه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 211 وم78 ويحيى96 والشيخ167.

2689 * - في المطبوع والشيخ167 قال وما بين المعقوفين من سيد37 وم78 ويحيى96.

2690 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 211 وم79 ويحيى96 والشيخ168.

2691 - في المطبوع كشاهد ويحيى96 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 211 والشيخ168 الشاهد.

نص خليل ....

متن الحطاب
212 الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة فلا يجبر الغريم على دفع الشيء للوكيل، خلافا لأبي حنيفة لأنه/ لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به، بدليل أنه لو كان عليه حق ببينة فطالب صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالإقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الحق إن جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإن كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال كل من لا يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزمه [بحكم[2692]] ذلك الإقرار [تسليم[2693]] ما في يده إلى الوكيل. انتهى. وعليه اقتصر اللخمي في كتاب الوديعة، وقال ابن فرحون في الفصل الخامس من القسم الثالث من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول من أقسام الكتاب في التنبيه على أحكام [يتوقف[2694]] سماع الدعوى بها على إثبات فصول إنه المشهور، ونصه: ولو صدق الخصم الوكيل في الدعوى واعترف بالمدعى به لم يجبره الحاكم على دفعه على المشهور حتى يثبت عنده صحة الوكالة. انتهى. وتقدم كلامه هذا عند قول المؤلف "وواحد في خصومة".
وقال في آخر الفصل السادس في حكم الوكالة على الدعوى إنه إذا صدقه على الوكالة وأقر بالدين ألزم بالدفع إليه، ونصه: مسألة في المطلوب يوافق على صحة الوكالة قبل ثبوتها، وإذا قام رجل على رجل في مهر امرأته أو دين رجل وادعى وكالة صاحب ذلك فأقر المطلوب بالدين أو بالمهر واعترف بصحة الوكالة فإنه يلزمه دفع ذلك إليه، فإن قام صاحب الحق على المطلوب يطلبه بذلك قضي له به لأنه إنما يقضى عليه أولا بإقراره والمصيبة منه. انتهى. وله في الباب [السبعون[2695]] في القضاء بالأمارات وقرائن الأحوال ما يوافق ذلك، وعزاه للمتيطية، ونصه في المتيطية: حكى ابن حبيب عن سحنون فيمن قال لرجل وكلني فلان على قبض دينه منك وعدده كذا فصدقه في الوكالة، وأقر بالدين أنه يلزمه الدفع إليه، فإن قدم فلان وأنكر التوكيل غرم المقر؛ لأن الحكم كان بإقراره. انتهى. وفيه ما يؤخذ منه ما يخالف هذا ويوافق ما تقدم عن الفصل الخامس، وما ذكره من لزوم الدفع جار على ما ذكره ابن يونس عن بعض أصحابنا، وما ذكره عن القابسي أرجح، ويكفي في ترجيحه اقتصار القاضي عبد الوهاب واللخمي عليه وتشهير ابن فرحون له، والظاهر عندي من القولين في شهادته عدم قبولها. والله أعلم. وهو الذي يؤخذ من مسألة السلم الثاني التي ذكرها المؤلف هنا، وهو مفهوم قول المؤلف: "إن ثبت ببينة" [لأن[2696]] مفهومه لو ثبت بإقرار المسلم إليه لم يأخذه لأنه لم يثبت ببينة.
تنبيه: قال في المعونة إثر كلامه المتقدم: فصل: إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع فمتى دفع إلى من يعترف له بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فإن اعترف له صاحب الحق فقد برئ، وإن أنكر

الحديث ....

[2692] *- في المطبوع وم79 ويحيى96 والشيخ168 علم وما بين المعقوفين من المعونة ج2 ص207.
[2693] *- في المطبوع وم79 ويحيى96 بتسليم وما بين المعقوفين من المعونة ج2 ص207.
[2694] *- في المطبوع وم79 والشيخ168 تتوقف وما بين المعقوفين من يحيى96.
[2695] - في المطبوع السبعين وقال الشيخ محمد سالم إنه الصواب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 212 وم79 ويحيى97 والشيخ168 وسيد37 وعلق الشيخ محمد سالم عليه ب (وجهه الحكاية).
[2696] *- في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من يحيى97 وم79.

نص خليل وَالْقَوْلُ لَكَ إن ادَّعَى الإِذْنَ أَوْ صِفَةً لَهُ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالثمنِ فَزَعَمْتَ أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِغَيْرِهِ وَحَلَفَ كَقَوْلِهِ أَمَرْتَ بِبَيْعِهِ بِعَشَرَةٍ وَأَشْبَهَت وَقُلْتَ بِأَكْثَرَ وَفَاتَ الْمَبِيعُ بِزَوَالِ عَيْنِهِ.

متن الحطاب الوكالة وأقر أنه قبض الحق برئ الغريم أيضا؛ لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط في الإبراء كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداء واعترف صاحب الحق بقبضه لبرئ الغريم، فإن أقر صاحب الدين بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الحق إلى الوكيل لم يلتفت إلى إقرار الوكيل بالقبض أو إنكاره، ولزم الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم تقم بينة غرم ذلك لصاحب الحق؛ لأن الغريم هو الذي أتلف ماله حين دفع إلى من لا يبرأ بالدفع إليه، وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال؛ لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل، لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية، وله إحلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفعه الحق إلى وكيله، ثم ينظر؛ فإن ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ بذلك ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل؛ لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق لحقه، وإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق بغير/ بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بينا. انتهى بلفظه.

213

ص: **والقول لك إن ادعى الإذن** ش: قال ابن عرفة: وفيها إن باع الوكيل السلعة وقال بذلك أمرتني، وقال ربها بل أمرتك أن ترهنها صدق ربها ولو فاتت، يريد ويحلف ويأخذها إن كانت قائمة؛ لأن فرض المسألة أن الآمر ثابت ملكه لها، وحق المشتري إنما هو متعلق بدعوى الوكالة. انتهى. انظر تمامها.

فرع: وإذا اشترى لفلان فأنكر فلان فالشراء لازم للوكيل كما تقدم في الكلام على بيع الفضولي.

ص: **إلا أن يشتري بالثمن فزعمت أنك أمرته بغيره وحلف** ش: هذا مذهب المدونة، فإن نكل المأمور عن اليمين فالقول قول الآمر، والظاهر أن ذلك بعد يمينه، وهذا إذا فات الثمن، أما إذا كان باقيا بيد البائع، وكان الوكيل أعلمه أنه إنما يشتري لفلان فالقول قول الموكل اتفاقا. قاله اللخمي، ونحوه في الرجراجي. والله أعلم.

ص: **كقوله أمرت ببيعه بعشرة وأشبهت وقلت بأكثر وفات المبيع بزوال عينه** ش: أي وكذلك يكون القول قول الوكيل مع يمينه إذا قال لموكله أمرتني ببيع الشيء الموكل على بيعه بعشرة وكانت العشرة تشبه قيمته وقلت أنت بأكثر وفات المبيع بزوال عينه فإن نكل الوكيل عن اليمين حلف الموكل ولزم الوكيل غرم ما قاله الموكل، فإن نكل الموكل أيضا فلا شيء له. قاله أبو الحسن في كتاب السلم الثاني، وهذا إذا لم يكن للموكل بينة فإن كانت له بينة لزم الوكيل الغرم. قاله اللخمي واحترز بقوله: "وأشبهت" مما إذا ادعى ما لا يشبه فلا يكون القول قوله. بل القول قول الآمر. قاله في التوضيح. واحترز بقوله: "وفات المبيع" مما إذا لم يفت فإن القول قول الموكل مع يمينه ويأخذ سلعته وله أن يجيز البيع ويأخذ العشرة، واختلف هل له أن يجيز البيع ويلزم الوكيل الزائد، أو ليس له ذلك؟ قولان ذكرهما الرجراجي، والمشهور أنه ليس له ذلك كما تقدم. قال الرجراجي: واختلف إذا اعترف

الحديث ....

نص خليل

أَوْ لَمْ يَفُتْ وَلَمْ تَحْلِفْ وَإِنْ وَكَّلْتَهُ عَلَى أَخْذِ جَارِيَةٍ فَبَعَثَ بِهَا فَوُطِئَتْ ثُمَّ قَدِمَ بِأُخْرَى وَقَالَ هَذِهِ لَكَ وَالأُولَى وَدِيعَةٌ فَإِن لَّمْ يُبَيِّنْ وَحَلَفَ أَخَذَهَا إِلاَّ أَنْ تَفُوتَ بِكَوَلَدٍ أَوْ تَدْبِيرٍ إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ وَلَزِمَتْكَ الأُخْرَى وَإِنْ أَمَرْتَهُ بِمِائَةٍ فَقَالَ أَخَذْتُهَا بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ فَإِن لَّمْ تَفُتْ خُيِّرت فِي أَخْذِهَا بِمَا قَالَ وَإِلاَّ لَمْ يَلْزَمْكَ إِلاَّ الْمِائَةُ وَإِنْ رُدَّتْ دَرَاهِمُكَ لِزَيْفٍ فَإِنْ عَرَفَهَا مَأْمُورُكَ لَزِمَتْكَ وَهَلْ وَإِنْ قَبَضْتَ تَأْوِيلاَنِ وَإِلاَّ فَإِنْ قَبِلَهَا حَلَفْت وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ لِعُدمِ الْمَأْمُورِ مَا دَفَعت إِلاَّ جِيَادًا فِي عِلْمِكَ وَلَزِمَتْهُ تَأْوِيلاَنِ وَإِلاَّ حَلَفَ كَذَلِكَ وَحَلَفَ الْبَائِعُ وَفِي الْمُبَدَّإِ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب

الوكيل بالتعدي هل يسقط ذلك اليمين عن الموكل أو لا؟ على قولين؛ فقيل إن ذلك يسقط عنه اليمين، وقيل لا يسقطها لحق المشتري؛ لأن الوكيل يتهم أن يكون قصد بتصديقه إبطال حق المشتري. انتهى بالمعنى.

قلت: والثاني هو الظاهر.

فرع: فإن أراد المشتري أن يأخذها بما قال الموكل فهل يجبر الموكل على ذلك أم لا؟ على قولين، فإن نكل الموكل عن اليمين كان القول قول الوكيل مع يمينه، ويمضي البيع بالعشرة. قاله ابن بشير. وقال ابن المواز: إذا نكل/ الموكل كانت له بالعشرة بغير يمين. قال أبو الحسن: إن أراد دون يمين الوكيل كان خلاف المذهب، وإلى ما قاله ابن بشير أشار المصنف بقوله: "أو لم يفت ولم يحلف" فإن نكل الوكيل بعد نكول الموكل لزم غرم ما قال الموكل. نقله أبو الحسن عن ابن يونس.

214

ص: فإن لم تفت خيرت في أخذها بما قال ش: نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: يريد بعد يمين المأمور لقد اشتراها بمائة وخمسين. والله أعلم.

ص: وهل إن قبضت تأويلان ش: قيد الرجراجي الخلاف بغير المفوض، قال: لأنه بعد فراغه مما وكل معزول. قال: وأما المفوض فلا خلاف أن قوله فيما قبله مقبول، ويلزم الآمر البدل.

تكميل: قال عياض: ثم إذا أبدلها الآمر فلا يمين على المأمور إلا أن يدعي الآمر أنه أبدلها فيتصور فيه ما يتصور في المودع، وحكى أشهب أنه يبدلها بعد يمين البائع أنها هي لأنها قد خرجت من يد أمينه وغابت عنه. قال أبو الحسن: ولعل قول أشهب لاحتمال أن يكون على يمينه. انتهى. وقال الرجراجي: وهل ذلك لازم بعد يمين البائع، وهو قول أشهب، لأن البائع غاب عليها، والثاني أنه لا يمين عليه إلا أن يدعي الآمر أنه قد أبدلها. انتهى.

ص: وفي المبدإ تأويلان ش: ذكر الرجراجي في المسألة ثلاثة أقوال: تبدئة الآمر، وتبدئة المأمور،/ وتخيير البائع. قال: وتؤولت المدونة على كل واحد من هذه الثلاثة الأقوال، ويظهر من كلام المصنف أنه لم يذكر إلا التأويلين الأولين بتبدئة المأمور، وهو الذي في كتاب محمد، وتأول أبو محمد المدونة عليه واختصرها عليه، وتبدئة الآمر ولم يعزه الرجراجي لأحد، وإنما ذكره وقال: تؤولت المدونة عليه،

الحديث ....

نص خليل وَانْعَزَلَ بِمَوْتِ مُوَكِّلِهِ إِنْ عَلِمَ وَإِلاَّ فَتَأْوِيلاَنِ وَفِي عَزْلِهِ بِعَزْلِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ خِلاَفٌ وَهَل لاَّ تَلْزَمُ أَوْ إِنْ وَقَعَتْ بِأَجْرَةٍ أَوْ جُعْلٍ فَكَهُمَا وَإِلاَّ لَمْ تَلْزَمْ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب والثالث تأويل ابن يونس.

تكميل: فإن بدئ بالآمر فنكل حلف البائع وغرم الآمر، ثم لا رجوع له على المأمور إلا أن يتهم ببدلها فيحلفه، وإن نكل البائع هنا لم يكن له أن يحلف المأمور، لأن [نكوله[2697]] عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور، وإن بدئ بالمأمور ونكل حلف البائع وأبدلها المأمور، ثم هل له تحليف الآمر؟ قولان. قاله الرجراجي وأبو الحسن.

ص: **وانعزل بموت موكله إن علم وإلا فتأويلان** ش: جعل ابن رشد الخلاف في الموت والعزل سواء./ وظاهر كلامه في التوضيح ترجيح القول بعدم العزل قبل بلوغ العلم في العزل والموت، وهو الظاهر، وهذا إذا أعلن بالعزل وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط في تأخير إعلامه بذلك، وأما إن عزله سرا فإنه لا ينعزل بذلك. قاله ابن رشد في نوازله كما تقدم أول الباب عند قوله: وليس له حينئذ عزله. وهذا أيضا إذا لم يتعلق بالوكالة حق للغير فليس للموكل عزله كما قاله في التوضيح هنا في شرح قول ابن الحاجب: ومهما شرع في الخصومة فلا ينعزل. وقاله في كتاب الرهون من الذخيرة. والله أعلم. 215

ص: **وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم [تلزم[2698]] تردد** ش: تصوره واضح./ 216

فرع: إذا وكل عبدا على عمل وطلب سيده الأجرة فقال في كتاب السلم الثاني من المدونة: ومن وكل عبدا مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه يسلم له في طعام ففعل فذلك جائز. أبو الحسن: قال ابن محرز: أما المأذون له فلا أجرة له على من وكله في ذلك لأنه كأنه مأذون له في هذا المقدار الخفيف، ألا ترى أنه قد يودع فيحفظ الوديعة بغير إذن سيده ولا يكون له في ذلك أجر، وأما غير المأذون له فينبغي أن يكون له الأجرة يدفعها من وكله إلى سيده. الشيخ: إلا أن يكون عمله ذلك لا خطب له لكون المسلم إليه أتى إلى منزل هذا العبد فلا يكون له أجرة كما قال في كتاب الإجارة: كمناولة القدح والنعل. انتهى. وفي شرح المازري على التلقين في آخر السؤال الثالث من فصل الوكالة: وقد أجاز في الكتاب وكالة العبد، لكن لو وكل عبدا أجنبي والعبد الوكيل محجور عليه لكان لسيده طلب إجارته فيما تولى من سعي في العقد لكون سعيه ومنافعه يملكها عليه فليس لغيره أن يتملكها ولا أن ينتفع بها دون سيده، وأما إن كان العبد مأذونا له في التجارة والسعي في مثل هذا والنيابة فيه من مصالح تجارته ومن جملة ما تضمنه إذن السيد له فيه فإنه لا أجرة على من وكله. انتهى. ونحوه للخمي.

ص: **كتاب الاقرار** ش: قال في الذخيرة: وهذه المادة وهي الإقرار والقرار والقر والقارورة ونحو ذلك من السكون والثبوت؛ لأن الإقرار يثبت الحق، والمقر أثبت الحق على نفسه، والقرار السكون، والقر البرد وهو يسكن الدماء والأعضاء، والقارورة يستقر فيها مائع. انتهى. ومنها قاعدة الإقرار والدعوى

الحديث ....

[2697] - في المطبوع نكول له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 214 وم80 ويحيى98.

[2698] *- في المطبوع يلزم وما بين المعقوفين من الشيخ170.

نص خليل **باب يُؤَاخَذُ الْمُكَلَّفُ بِلاَ حَجْرٍ بِإِقْرَارِهِ.**

متن الحطاب والشهادة كلها إخبارات، والفرق بينها أن الإخبار إن كان يقتصر حكمه على قائله فهو الإقرار، وإن لم يقتصر فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة، أو يكون وهو الدعوى. انتهى. وقال السبكي في نكته في تفسير القرآن العظيم: قوله تعالى: ﴿ ثم أقررتم وأنتم تشهدون ﴾ يدل على تغاير الإقرار والشهادة. انتهى. وفيه خلاف، وفي المدونة أن الإقرار شهادة، وقال ابن عرفة: الإقرار لم يعرفوه، وكأنه عندهم بديهي، ومن أنصف لم يدع بداهته، لأن مقتضى حال مدعيها أنه قول يوجب حقا على قائله، والأظهر أنه نظري فيعرف بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه، فيدخل إقرار الوكيل، وتخرج الإنشاءات كبعت وطلقت ونطق الكافر بالشهادتين [ولازمهما لا الإخبار[2699]] ككنت بعت وطلقت وأسلمت ونحو ذلك، والرواية والشهادة، وقوله زيد زان لأنه وإن أوجب حكما على قائله فقط [فليس هو[2700]] حكم مقتضى صدقه. انتهى.

ص: **يؤاخذ المكلف بلا حجر بإقراره** ش: خرج بالمكلف إقرار المكره فإنه غير مكلف على الصحيح. وقال القرطبي في شرح مسلم في آخر باب الديات: شرط صحة الإقرار أن لا يكون بإكراه، وأما المحبوس والمتهدد فاختلف في أخذه بإقراره واضطرب المذهب في إقراره بعد الحبس والتهديد هل يقبل جملة أولا يقبل جملة، أو الفرق فيقبل إذا عين ما اعترف به من قتل وسرقة [ولا[2701]] يقبل إذا لم يعين؟ ثلاثة أقوال. انتهى. وقال الدماميني في [حاشية[2702]] البخاري في قوله: {زملوني[1]}

217 فزملوه حتى ذهب عنه الروع: وعن الإمام/ مالك أن المذعور لا يلزمه ما صدر منه في حال ذعره من بيع وإقرار وغيره. انتهى بلفظه.

مسألة: امرأة ادعت على أخيها بميراثها من أبيها في أملاك سمَّتها فقال وكيل الأخ إن أخاها قد قاسمها جميع الأملاك وقبضت حصتها من ذلك، فقال ابن رشد في نوازله: إن كان الأخ جعل لوكيله الإقرار فقوله إن موكله قد قاسم أخته في جميع الأملاك التي وقف عليها إقرار منه عليه بمشاركة أخته له في جميعها فيقضى لها بميراثها في سائرها إن كانت في يديه. انتهى. وفي مسائل الأقضية من البرزلي عن ابن أبي زيد أن من طلبت منه أخته ميراثها من أملاك أبيها فقال بيدي ربع ملكته من أبي وربع ملكته بكسبي، وغفل عنه حتى مات أن على ورثته إثباتَ ما ادعى أنه استفاده بعد موت أبيه وإلا حلفت ما علمت بما استفاده وقسم بينهما. انتهى.

فرع: قال في الكافي في كتاب الوكالة عن ابن خويز منداد: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال: ما أقر به علي فلان فهو لازم لي أنه لا يلزمه. انتهى.

فرع يتعلق بحكم الإقرار بالمجمل: قال في وثائق الجزيري في إقرار الزوج لزوجته والسيد لأم ولده يقول أشهد فلان أن جميع ما يغلق عليه باب البيت الذي يسكنه مع زوجته فلانة أو مع أم ولده من

الحديث 1- بينا أنا أمشي إذ سمعت صوتا من السماء فرفعت بصري فإذا الملك الذي جاءني بحراء جالس على كرسي بين السماء والأرض فرعبت منه فرجعت فقلت زملوني زملوني فأنزل الله تعلى يأيها المدثر قم فأنذر إلى قوله والرجز فاهجر فحمي الوحي وتتابع، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، رقم الحديث 4.

2699 – في المطبوع ولازمهما عنها لا الاخبار وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 وم80 ويحيى98 والشيخ171 وسيد38.

2700 – في المطبوع فليس له هو وما بين المعقوفين من م80 ويحيى وسيد38 والشيخ111.

2701 – في المطبوع أولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص116 وم80 ويحيى98 والشيخ171.

2702 – في المطبوع شرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 216 وم80 ويحيى98.

نص خليل ....

متن الحطاب الوطاء والغطاء والثياب والتوابيت والمواعين والحلي والأثاث لزوجته فلانة ما لها ومن كسب يدها لا حق لي معها في شيء منه بوجه من الوجوه. ثم قال فيه: يجوز إقرار الزوج لزوجته والسيد لأم ولده، فإن سمى ما أقر به كان أتم، وإن أجمل جاز، فإن مات وادعى الورثة أنه للميت اكتسبه بعد الإشهاد فعليهم البينة، ولا يمين عليها إلا أن يقطعوا أنه اكتسب شيئا معلوما يسمونه بعد تاريخ الإشهاد فلهم عليها اليمين ولها ردها عليهم. انتهى. قاله في باب الوصايا. فصريح كلامه أن الإقرار بالمجمل يصح، ولابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الشهادات الثاني ما يخالفه، ونص السماع: مسألة: وسئل عن الذي يشهد لامرأته أن كل شيء يغلق عليه باب بيتها فهو [لها فقال:[2703]] سواء أشهد لها أو لم يشهد لها ما في البيت مما يعرف أنه متاع النساء فهو لها؛ [يريد وما كان فيه من متاع الرجال فهو لورثته، إلا أن يكون اشترى لها من متاع الرجال شيئا وأشهد لها[2704]] أنه إنما يشتريه لها.

قال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن المشهد لامرأته بهذه الشهادة توفي فقامت تدعي ما في البيت من متاع النساء والرجال فلم ير لها فيما أشهد لها به منفعة، [إذ[2705]] لم يشهد لها على شيء بعينه أنه لها وإنما أشهد لها بما في بيتها، ولعل ما تدعيه من متاع الرجال لم يكن في بيتها يوم الإشهاد فقال: سواء أشهد لها أو لم يشهد لها ما في البيت مما يعرف أنه من متاع النساء فهو لها؛ يريد وما كان فيه من متاع الرجال فهو لورثته، إلا أن يكون اشترى لها من متاع الرجال شيئا فأشهد لها أنه إنما يشتريه لها، وفي قوله: "إلا أن يكون اشترى لها" إلى آخر قوله دليل على أنه لو أشهد لها على شيء بعينه من متاع الرجال أنه لها لم يكن لها، وفي ذلك نظر؛ لأنه إن لم يعلم أصل الملك له صح الإقرار لها، وإن علم أصل الملك له كان إقراره هبة تصح لها بحيازتها إياها لكونها في بيتها وتحت يدها إلا ما في سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات في نحو هذه الحيازة أن هذا آل إلى الضعف، وهو القياس على مذهب ابن القاسم؛ لأن يد الزوج عنده هي المغلبة على يد الزوجة إذا اختلفا فيما هو من متاع الرجال والنساء، ولو قامت في حياته تدعي ما في بيتها من متاع الرجال وتحتج بما أشهد لها به من أن جميع ما في بيتها لها فناكرها في ذلك وادعى لنفسه، وزعم أنه لم يكن في بيتها يوم أشهد لها بما أشهد، وأنه إنما اكتسبه بعد ذلك لوجب أن ينفعها الإشهاد، ويكون القول قولها مع يمينها، إلا أن يقيم هو البينة أنه اكتسب ذلك بعد الإشهاد، ويحتمل أن يكون معنى المسألة أنه أشهد لها بذلك في مرضه الذي مات فيه فلا يكون في بطلان الشهادة إشكال، ولا في أنها لا يكون لها من متاع الرجال إلا ما أشهد عند اشترائه أنه إنما يشتريه لها

218 فلا كلام./ انتهى. فقوله: "فلم ير لها فيما أشهد لها به منفعة إذ لم يشهد لها على شيء بعينه" إلى آخر كلامه صريح في أن الإقرار بالمجمل لا يصح، ونقل ابن سلمون في وثائقه في باب الوصايا فيه الخلاف عن ابن رشد وغيره، ونصه بعد أن تكلم على أم الولد: فإن قال في مرضه هذه ولدت مني ولا ولد لها

الحديث ....

[2703] *- في المطبوع إلا أن يكون اشترى لها من متاع الرجال شيئا وأشهد لها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[2704] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 217 وم80.

[2705] *- في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من م81 ويحيى99.

نص خليل لأَهْلٍ لَّمْ يُكَذِّبْهُ وَلَمْ يُتَّهَمْ.

متن الحطاب فإن كان له ولد من غيرها جاز إقراره وعتقت من رأس ماله وإلا لم يصدق ورقت، وكذلك إذا مات سيدها وقد كان أقر لها في صحته بجميع ما في بيتها من الثياب والماعون والحلي والقليل والكثير فإنه يكون لها، وكذلك إن أشهد لها به مجملا، وإن لم يشهد لها بذلك فلا يكون لها إلا الشيء الخفيف مثل كسوتها وشبه ذلك، وإن ادعته وكان من زيها وهي في ذلك بخلاف الحرة ويكتب في ذلك عقدا أشهد فلان على نفسه أنه [برأ أم ولده[2706]] فلانة من عُلقه كلها وتبعاته أجمعها وأقر أنه لا مرفوع له عندها ولا مودع ولا في ذمتها ولا في أمانتها، وأن ما يغلق عليه موضع سكناها معه من الأثاث والمتاع وما بيدها من الحلي وغيره مما هو شاكلة النساء فهو مالها ومتاعها لا حق له معها في شيء من ذلك، فمن ادعى في شيء من ذلك بدعوى أو طالبها بمطلب بسببه في حياته أو بعد وفاته فمطلبه باطل ودعواه كاذبة، أو قصد تحليفها أو [تعنيتها[2707]] فالله حسيبه وسائله إشهادا صحيحا، وكذلك تعقد للزوجة [إن ذهبت[2708]] إلى ذلك، وقد اختلف في موجب هذه الوثيقة فقال ابن زرب ذلك لها ويصح إشهاده بذلك ولا بد من اليمين، وحكى أن بعض الشيوخ كان يفتي بأن لا يمين عليها إلا أن يحقق الورثة عليها ما يجب عليها فيه اليمين. قال: وهو ضعيف ولا بد فيه من اليمين، وقال ابن رشد: عقد مثل هذه الوثيقة لا يجوز وإقراره لا يصح وإشهاده وعدم إشهاده سواء، وهذا كله إذا كان الإشهاد في حال الصحة، وأما إذا كان الإشهاد وهو مريض فلا خلاف بينهم أنه لا ينفذ، وسئل ابن زرب في ذلك أيضا فقال: أما ما كان من زيهما أو زيه فلا تأخذه إلا بعد يمينها، وأما ما كان من زيها فإنها تأخذه بلا يمين، وأفتى ابن وضاح المرسي بأن ذلك [عامل[2709]] إلا في الذهب والفضة، وأما ما كان من ثيابه أو زيه أو عروض أو طعام فهو موروث إلا أن يعين ذلك في صحته ويعينه الشهود. انتهى.

ص: لأهل لم يكذبه ش: احترز بقوله: "لم يكذبه" مما إذا قال لا أعلم لي عليك شيئا ثم رجع فقال نعم لي عليك فأنكر المقر فإنه لا ينفعه إنكاره. نقله ابن عرفة عن النوادر، ونص النوادر: من أقر أن لفلان عليه ألف درهم فقال ما لي عليك شيء فقد برئ بذلك فإن أعاد المقر الإقرار بالألف فقال الآخر أجل هي لي عليك أخذته بها. قال سحنون: إذا قال لك علي ألف درهم فقال الآخر ما لي عليك شيء ثم رجع فقال هي لي عليك فأنكرها المقر فالمقر مصدق ولا شيء للطالب، ولكن إن قال الطالب ما أعلم لي عليك شيئا، ثم قال نعم هي لي عليك فأنكر المقر فهاهنا يلزمه اليمين ولا ينفعه إنكاره، وإن قال هذه الجارية غصبتها من فلان فقال فلان ليست لي لم يلزم المقر شيء، فإن أعاد الإقرار فادعاها الطالب دفعت إليه، ولو قال هذا العبد لك فقال الآخر هو ليس لي، ثم قال هو لي

الحديث ....

[2706] *- في المطبوع برئ من أم ولده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ابن سلمون ج1 ص170-171.

[2707] *- في المطبوع تحنيثها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ابن سلمون ج1 ص171.

[2708] - في المطبوع إن نسبها (وم81 وسيد38 ويحيى99 إن نسب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 218 والشيخ173.

[2709] - في المطبوع عام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 218 وم81 ويحيى99 والشيخ173.

نص خليل كَالْعَبْدِ فِي غَيْرِ الْمَالِ وَأَخْرَسَ.

متن الحطاب قبل أن يعيد المقر الإقرار لم يكن له العبد ولم تقبل بينته عليه إن أقامها لأنه برئ منه. انتهى. وحصل ابن رشد في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه إثر قول العتبية في رسم يوصي من سماع عيسى من الدعوى والصلح: وسئل عن الرجل يقول للرجل المائة دينار التي استودعتكها فيقول ما استودعتنيها ولكن/ اعطيتنيها قراضا وهذه مائة دينار ربحت فيها فلك منها خمسون فأبى أن يأخذ الخمسين قال 219 إن أبى أن يأخذها حبسها واستأنى سنين لعله أن يأخذها، فإن أبى أن يأخذها تصدق بها. قيل له إن مات فأحب ورثته أن يأخذوها. قال: يأخذونها إن شاؤا إذا أحب المقر أن يدفعها إليهم. قلت: ولا يقضى عليه بدفعها إلى ورثته. قال: لا يقضى عليه بدفعها إليهم. قال ابن رشد: هذه مسألة يتحصل فيها ثلاثة أقوال: أحدها أنه ليس له أن يأخذ الخمسين التي أقر بها إلا أن يكذب نفسه ويرجع إلى تصديقه، وهو الذي يأتي على ما لابن القاسم في كتاب الرهون من المدونة، وما لأشهب في كتاب إرخاء الستور منها، وهو أحد قولي سحنون، والثاني أنه ليس له أن يأخذ الخمسين وإن رجع إلى تصديقه وكذب نفسه إلا أن يشاء أن يدفعها إليه باختياره، وهو ظاهر قول ابن القاسم ها هنا وفي ورثته إن مات، ونص ما في رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب النكاح والثالث أن له أن يأخذها وإن كان مقيما على الإنكار، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق، وإنما يكون له على القول بأن يأخذها إن كذب نفسه ورجع إلى تصديق صاحبه ما لم يسبقه صاحبه بالرجوع إلى قوله وتكذيب نفسه فتحصل من القول أن من سبق منهما بالرجوع إلى قول صاحبه كانت له الخمسون دون يمين. وبالله التوفيق. انتهى. وانظر آخر كتاب السرقة من المدونة فيمن أقر أنه سرق فلانا وكذبه، ومسألة إرخاء الستور والنكاح الثالث فيما إذا أقر الزوج بالوطء وأنكرته المرأة، ومسألة كتاب الرهون في اختلاف البائع والمبتاع في الأجل والثمن.

مسألة: قال في الذخيرة في كتاب الدعوى: فرع: قال أشهب إن قلت بعتك هذا العبد ودبرته وأنكر لزمك التدبير، وتأخذ الثمن من خدمته التي تدعي إلا أن يقر فتعطيه ما بقي منه، فإن استوفيت بقي مدبرا مؤاخذة لك بإقرارك فإن مت وهو يخرج من الثلث عتق وإن كان عليك دين. انتهى. والله أعلم.

ص: كالعبد في غير المال ش: وأما في المال فلا يقبل إقراره قال في المدونة كقول مالك في ثوب بيد العبد يقول فلان أو دعنيه وسيده يدعيه فالسيد مصدق إلا أن يقيم فلان البينة. انتهى. قال في النكت: قال بعض أصحابنا ويحلف فإن قال هو لي حلف على البت، وكذلك إن قال لعبدي [إن][2710] علم أصل شرائه أو ملكه، وأما إن قال هو بيد عبدي أو حوزه فيحلف ما أعلم لك فيه حقا. انتهى. وهذا في غير المأذون له، يؤخذ ذلك من قول المصنف: "بلا حجر" لأن المأذون له غير محجور عليه فإقراره جائز فيما بيده وما جاوز ذلك فهو في ذمته وليس للسيد فسخه، وكذلك ما كان بيده من وديعة أو أمانة فاستهلكه فهو في ذمته وليس للسيد فسخه. قاله في كتاب المأذون له من المدونة، وأما غير المأذون له فلا يصح إقراره ولا يلزمه في ماله ويكون في ذمته إن عتق إلا أن يسقطه

الحديث ....

[2710] - في المطبوع أعلم وم81 والشيخ174 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 218.

نص خليل

وَمَرِيضٍ إِنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ لأَبْعَدَ أَوْ لِمُلاَطِفِهِ أَوْ لِمَنْ لَمْ يَرِثْهُ أَوْ لِمَجْهُولٍ حَالُهُ كَزَوْجٍ عُلِمَ بُغْضُهُ لَهَا أَوْ جُهِلَ وَوَرِثَهُ ابْنٌ أَوْ بَنُونَ إِلاَّ أَنْ تَنْفَرِدَ بِالصَّغِيرِ.

متن الحطاب

السيد أو السلطان. قاله في الكتاب المذكور.

ص: **ومريض** ش: قال في المدونة في كتاب الحمالة: وما أقر به المريض أنه فعله في صحته من عتق أو كفالة أو حبس أو صدقة أو غيره لوارث أو غيره فإقراره باطل، ولا يجوز ذلك في ثلث ولا غيره ويكون ميراثا، وإن أوصى مع ذلك بوصايا كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد ذلك فإن ضاق الثلث عن وصيته لم تدخل الوصايا في شيء مما أقر به. انتهى. قال في الذخيرة: وقوله في العتق لا يلزم في ثلث ولا غيره هو كذلك إلا أن يقول أنفذوا هذه الأشياء فتخرج من الثلث.انتهى. وما ذكره في المدونة من الإقرار في المرض بالكفالة في الصحة فيه كلام الشيوخ فانظر ابن يونس وأبا الحسن. والله أعلم.

ص: **أو لملاطفه أو لمن لم يرثه** ش: يعني لقريب لا يرثه، ولا يريد بذلك الأجنبي لأنه يوهم حينئذ أنه يشترط في صحة إقراره للأجنبي أن يرثه ولد وليس كذلك، فإن إقراره للأجنبي جائز، سواء كان له ولد/ أو لم يكن، وعلم ذلك من تقييده بالولد ولا بد من أن يكون ليس عليه دين محيط لغير الملاطف والقريب الذي لم يرثه، وإلا فلا يقبل إقراره لما قدمه في باب التفليس أنه لا يقبل إقراره لمن يتهم عليه إذا أحاط الدين بماله.

220

ص: **أو لمجهول حال** ش: سواء أوصى أن يتصدق به عن صاحبه أو يوقف. هكذا قال في البيان ونقله في التوضيح، وقول الشارح: إن أوصى أن يتصدق به أو يوقف لهم يوهم أن ذلك شرط. والله أعلم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه إذا لم يكن له ولد لا يصح إقراره للمجهول، وفي ذلك ثلاثة أقوال ذكرها في البيان والمقدمات، ونقلها في التوضيح وليس فيها قول بعدم الصحة مطلقا كما يفهم من كلام المصنف الأول أن إقراره جائز إن أوصى أنه يوقف حتى يأتي له طالب، وإن أوصى أن يتصدق به عنه لم يصح لا من الثلث ولا من غيره، والقول الثاني أنه من الثلث، والقول الثالث أنه إن كان يسيرا فمن رأس المال، وإن كان كثيرا لم يجز من رأس المال ولا من الثلث، وظاهر كلام صاحب الشامل أن فيها قولا بالبطلان، وكأنه اعتمد على ظاهر كلام المصنف.

ص: **كزوج علم بغضه لها أو جهل إلى آخره** ش: سئلت عن رجل أقر أن جميع ما بيد زوجته من قماش وكذا وكذا ملك لها لاحق له فيه وكتب بذلك خطه في شهر شوال، ثم لم يزل حيا إلى أن توفي في صفر من السنة الثانية وانحصر إرثه في زوجته وبنت وبيت المال فوضعت زوجته المذكورة يدها على أعيان كثيرة مما كان للمقر من كتب [ومصاغ[2711]] وكذا وكذا وادعت أن ذلك كله مما يشمله الإقرار فإذا ادعى وكيل بيت المال أو وارث أو مدع شرعي على الزوجة أن جميع ما وضعت يدها عليه مما ذكر أعلاه لم يكن بيدها حين الإقرار المذكور هل تسمع دعواه بذلك؟ وإذا قلتم تسمع، فإذا وقعت الدعوى بذلك فهل عليها إقامة البينة أو يمين شرعية؟ فأجبت: تسمع الدعوى على المرأة المذكورة بما ذكره وعلى المدعي إقامة البينة بأنها وضعت يدها بعد الإقرار فإن لم تقم له البينة فله تحليفها على ذلك وإن اتهمها فإن الإقرار لا حقيقة له وإنما مراده تخصيصها بما ذكره فله تحليفها على ذلك؛ هذا إذا

الحديث ....

2711 *- كذا في النسخ.

نص خليل وَمَعَ الإِنَاثِ وَالْعَصَبَةِ قَوْلاَنِ كَإِقْرَارِهِ لِلْوَلَدِ الْعَاقِّ أَوْ لأُمِّهِ أَوْ لأَنَّ مَن لَّمْ يُقِرَّ لَهُ أَبْعَدُ وَأَقْرَبُ لاَ الْمُسَاوِي وَالأَقْرَبُ كَأَخِّرْنِي لِسَنَةٍ وَأَنَا أُقِرُّ وَرَجَعَ لِلْخُصُومَةِ.

متن الحطاب كان الإقرار في الصحة، وأما إن كان في المرض فهو باطل إذا علم ميله لها، وإن علم بغضه لها فالإقرار صحيح، وإن جهل حاله وكان له منها ولد صغير فهو باطل، وهذا كله فيما عدا الديون السابقة على الإقرار فإنها مقدمة على [ما[2712]] أقر به بلا خلاف، وانظر ابن سلمون في البيوع في بيع التوليج والتصيير وفي كتاب الإقرار والوصايا.

221

ص: **ومع الإناث والعصبة قولان** ش:/ يعني أنه إذا أقر للزوجة التي جهل بغضه لها ولم يكن لها ابن ولا بنون، وإنما كان لها بنات وعصبة ففي صحة إقراره لها قولان، وسواء كانت البنات واحدة أو أكثر صغارا أو كبارا إذا كن من غيرها أو كبارا منها، وأما إن كن صغارا منها فلا يجوز إقراره لها قولا واحدا. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب التفليس، وهذا مستفاد من قول المصنف: "أولا إلا أن تنفرد بالصغير" ونقل في التوضيح كلام ابن رشد. والله أعلم.

ص: **أو لأمه** ش: هذا كأنه مستثنى من قوله إنه يصح إقراره للزوجة التي جهل بغضه لها إذا كان لها ابن أو بنون كما قال، إلا أن يكون الولد عاقا ففي صحة إقراره للزوجة قولان صرح بهما ابن رشد، ونقلهما في التوضيح، إلا أن المصنف قيد ذلك بقوله: "لأمه" وابن رشد فرضه في الزوجة كانت أمه أم لا.

ص: **لا المساوي والأقرب** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من باع من بعض ولده دارا أو ملكا، وذكر في العقد أنه باعه ذلك بيعا صحيحا بثمن قبضه فقام باقي الورثة على المشتري فذكروا أن البيع ليس بصحيح، وأنه لم يدفع فيه ثمنا، وأنه توليج من الأب إليه فلا وجه لدعواهم عليه، ولا يمين عليه إلا أن يثبتوا أن الأب كان يميل إليه فتتعلق اليمين عليه.

تنبيه: قالوا ولو شهدت البينة بمعاينة القبض لم تترتب يمين على الابن وإن شهدت البينة بميل الأب إليه وانحرافه عن سائر ولده، وإن كان الأب أقر بعد ذلك بالتوليج لم يضر ذلك الابن. انتهى من معين الحكام. وفي وثائق الغرناطي: ولا يثبت التوليج إلا بإقرار المولج إليه. انتهى من المسائل الملقوطة.

فرع في حكم من أقر بشيء في صحته لبعض ورثته فيقدم المقر له بعد موت المقر ويقيم البينة على الإقرار: قال في رسم البراءة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح: وسألته عن الرجل يقر لولده ولامرأته ولبعض من يرثه بدين في الصحة ثم يموت الرجل بعد سنين فيطلب الوارث الدين الذي أقر له به قال ذلك له إذا أقر به في الصحة امرأة كانت أو ولدا فما أقر له به في الصحة فذلك له. ابن رشد: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك المشهور في المذهب، ووقع في المبسوط لابن كنانة والمخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له وإن أقر له في صحته إذا لم يقم

الحديث ....

2712 *- في المطبوع من وما بين المعقوفين من م82 ويحيى101 والشيخ179 وسيد39.

نص خليل ....

متن الحطاب عليه بذلك بينة حتى هلك إلا أن يعرف سبب ذلك عسى أن يكون قد باع له أصلا أو أخذ من موروث أمه شيئا، فإن عرف ذلك وإلا فلا شيء له وهو قول له وجه من النظر لأن الرجل يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقوم به حتى يموت فيكون وصية لوارث. وبالله التوفيق. انتهى. وقال في آخر سماع أصبغ من كتاب الوصايا: وسئل عن الرجل يموت فيترك عمه وأمه وتقوم الأم بدين لها كان أقر لها به في الصحة قال: لا كلام للعم. قلت: أرأيت إن طلب منها اليمين أن ذلك كان توليجا؟ قال أصبغ: أما في الحكم فلا يلزمها.

قال ابن رشد: هذا هو المشهور في المذهب أن إقرار الرجل لوارثه بالدين في الصحة جائز وإن لم يقم به إلا بعد موته، وقال ابن كنانة: يجوز له [إقراره في[2713]] حياته ولا يجوز له بعد وفاته إلا أن يعرف لذلك سبب مثل أن يكون باع له رأسا أو أخذ له موروثا، وبه قال المخزومي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة وقول أصبغ في اليمين إنها لا تلزمها في الحكم يريد من أجل أنها يمين تهمة فقوله على القول بسقوط يمين التهمة، والأظهر في هذه المسألة لحوق اليمين مراعاة لقول من لم يعمل الإقرار بعد الموت. والله أعلم. اهـ. وصرح ابن سلمون بلزوم اليمين إن ثبت ميل الميت للمقر له. ذكره في فصل التصيير في ترجمة البيوع، ومثل الإقرار بالدين ما إذا صير الأب لابنه دارا أو عرضا في دين أقر به له فإن كان يعرف سبب ذلك الدين جاز له التصيير سواء كان في الصحة أو في المرض، وإن لم يعرف أصله فحكمه حكم الإقرار بالدين، فإن كان في الصحة ففيه قولان: أحدهما أنه نافذ ويأخذه

222 من/ تركته في الموت، ويحاص به الغرماء، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية. قال المتيطي: وعليه العمل. والثاني أنه لا يحاص به الغرماء ولا يأخذه من التركة وهو قول المدنيين.انتهى من ابن سلمون. فتحصل من هذا أن الإقرار للوارث بشيء إذا قام به المقر له بعد موت المقر وشهدت به البينة فإن كان يعرف وجه ذلك أو سبب يدل عليه جاز ذلك، وسواء كان الإقرار في الصحة أو في المرض، وإن لم يعرف وجهه ولا سببه وكان الإقرار في الصحة ففيه قولان؛ أحدهما إنه نافذ ويؤخذ من تركته في الموت ويحاص به الغرماء في الفلس، وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية، والثاني أنه لا يحاص به الغرماء في الفلس ولا يأخذه من التركة في الموت، وهو قول المدنيين للتهمة عندهم. قال ابن رشد: لا يحاص به على قول ابن القاسم إلا مع الدين الذي استدانه بعد الإقرار، وأما القديم قبل الإقرار فإن ثبت ميله إليه فيلزم المقر له اليمين على صحة ترتب ذلك قبله، واختار ابن رشد إبطال الإقرار بالدين مراعاة لقول المدنيين. والله أعلم.

مسألة: وإن ولاه ما اشتراه بثمن كثير بثمن يسير أو أشهد أنه باعه منزله بشيء يسير وهو يساوي شيئا كثيرا فذلك توليج كما صرح به في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي رسم كتب عليه ذكر حق وفي سماع أصبغ الثاني الواقع بعد سماع أبي زيد منه، واختلف بعد ذلك هل يبطل ذلك مطلقا وهو قول أصبغ لأنه لم يسم هبة فيكفي فيه الحوز، وعزاه لابن القاسم، أو يكون كالهبة إن حازه الأب له جاز وهو قول مالك وغيره؟ وأما إذا أقر له بشيء في

الحديث ....

[2713] *- في المطبوع إقراره لها في وما بين المعقوفين من م82 وسيد39 والشيخ176.

نص خليل ....

متن الحطاب يده من مال أو متاع فحكمه حكم الهبة. قال ابن رشد في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا: إقرار الرجل بما في يديه من الدور والمتاع التي لا يعرف ملكه لها أنها لابنه من ميراثه [من[2714]] أمه كإقراره له في مرضه بالدين من ذلك لا يجوز إلا أن يشبه قوله ويعرف وجه إقراره أنه كان لأمه من المال نحو ما أقر به، وكذلك في كتاب ابن المواز إن أقر الرجل في مرضه بالدين لابنه لا يقبل منه، إلا أن يكون لذلك وجه أو سبب يدل وإن لم يكن قاطعا، ولو كانت الدور التي أقر أنها لابنه من ميراثه [في[2715]] [أمّه[2716]] يعرف ملكه لها لم يجز إقراره لابنه بها في مرضه على حال، ولو أقر له بها في صحته لكان إقراره له بها كالهبة تصح له إن حازها [بما يحوز به الآباء لمن يلون أمرهم[2717]] من الأبناء على ما في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقة والهبة وفي غيره من المواضع، خلاف قول أصبغ في سماعه منه. انتهى. يعني أن أصبغ يقول لا يصح ذلك للابن ولو حازه الأب لأنه لم يسمه هبة.

وقال ابن رشد في آخر رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا: إقرار الرجل في صحته أو في مرضه بما يعرف ملكه له من شيء بعينه أنه لفلان وفلان وارث أو غير وارث يجري مجرى الهبة والصدقة ويحل محلها ويحكم له بحكمها إن حاز ذلك المقر له به في صحة المقر جاز له، وإلا لم يجز هذا مما لا اختلاف فيه أحفظه إلا أن يكون أقر له بذلك على سبيل الاعتذار فلا يلزمه حسبما مضى القول فيه في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات، وفي رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وانظر نوازل ابن رشد في مسائل البيوع والمشذالي في آخر البيوع الفاسدة وأحكام ابن سهل.

وقال البرزلي في كتاب الإقرار ما نصه عن نوازل ابن الحاج: من أقر بمال في يده أنه لرجل هو كالهبة إن قام في صحته أخذه، وإن قام في مرضه أو بعد موته هو ميراث. قال البرزلي: قلت: الأظهر أنه بمنزلة إذا قال رجل أو وجد بخطه لفلان قبلي كذا وثبت إقراره أو خطه [بلفظة[2718]] قبلي وقد مرت قبل هذا وهذا إذا لم يذكر سببا. انتهى. وله نحو ذلك في مسائل الهبة يشير إلى ما قدمه في مسائل القراض، وفي مسائل البيوع عن نوازل ابن الحاج أيضا ونصه: إذا قال/ لرجل أو وجد بخطه لفلان قبلي كذا وثبت إقراره أو خطه فلفظة قبلي محتملة أن يكون أوجب له قبله هبة أو صدقة فموته أو فلسه قبل القبض يبطلها بعد الاستظهار بيمين الورثة في الموت لا يعلمون موروثهم تصدق عليه ولا أوجبها قبله ولا أعلمهم بذلك، ويحتمل أن يكون [لفظة[2719]] قبلي يستوجب بها الحكم بالدين، وينبغي أن ينظر في حال الرجلين فإن قال قبلي من سلف أو معاملة فلا إشكال في لزومه هنا. انتهى.

223

مسألة: قال القرافي في قواعده في الفرق الثاني والعشرين بعد المائتين: إذا أقر الوارث أن ما تركه أبوه ميراث بينهم على ما عهد في الشريعة [وما تحمل[2720]] عليه الديانة ثم جاء بشهود أخبروه أن

الحديث ....

[2714] *- في المطبوع وم83 وسيد39 والشيخ177 في وما بين المعقوفين من يحيى101.
[2715] *- كذا في النسخ.
[2716] *- في المطبوع أمة وما بين المعقوفين من م83 ويحيى101 وسيد39 والشيخ177.
[2717] *- في المطبوع بيد تحويز الآباء لمن يلزمهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج13 ص286.
[2718] - في المطبوع وم83 بلفظه وما بين المعقوفين من ن عدود ص222 ويحيى102 وسيد39 والشيخ177.
[2719] *- في المطبوع لفظه وما بين المعقوفين من م83 ويحيى102 وسيد39.
[2720] *- في المطبوع وم83 والشيخ178 وعلى ما يحمل وما بين المعقوفين من فروق القرافي ج4 ص1163.

نص خليل وَلَزِمَ لِحَمْلٍ إنْ وُطِئَتْ.

متن الحطاب [أباه أشهدهم[2721]] أنه تصدق عليه في صغره بهذه الدار وحازها له أو أقر أنه ملكها عليه بوجه شرعي فإنه إذا رجع عن إقراره بأن التركة كلها موروثة إلا هذه الدار المشهود له بها دون الورثة واعتذر بإخبار البينة له، وأنه لم يكن عالما بذلك بل أقر بناء على العادة، ومقتضى ظاهر الشريعة أنه تسمع دعواه ويقبل عذره ويقيم بينته، ولا يكون إقراره السابق مكذبا للبينة وقادحا فيها؛ لأن هذا عذر عادي يسمع مثله. انتهى كلام القرافي بلفظه. وسلمه ابن الشاط، وانظر ما قاله القرافي مع ما نقله في النوادر عن سحنون في كتاب ابنه في أواخر كتاب الدعوى والبينات في ترجمة المدعي يكذب [بينته[2722]]، ونصه: ومن كتاب ابن سحنون: وسأله شجرة عمن ادعى دارا بيد امرأة [أبيه[2723]] أنها لأبيه تركها بين ورثته وسماهم ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيره إليه في حق له قبله من قبل ميراثه لأمه وذلك عند مخرجه إلى الحج، ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم قد ادعيتها أولا ميراثا والآن لنفسك قال لم أعلم بهذه البينة الأخيرة. قال سحنون: لا يقبل منه يريد لأنه كذب بينته بدعواه الأولى. انتهى. فعلل عدم قبول دعواه الثانية بأنه كذب بينته بدعواه الأولى. فتأمله مع ما قاله القرافي. والله أعلم.

ونزلت مسألة وهي أن امرأة توفيت ولها زوج وإخوة وأب فادعى بعض الإخوة أن بعض متخلفها ملك لأمهم، فأثبت الزوج أنه ملك لزوجته، فادعى بقية الإخوة أنها أوصت له بتلك الحوائج فهل دعواهم الأولى مكذبة لدعواهم الثانية أم لا؟ فأجبت بما صورته: إذا كان المدعي الوصية من الإخوة المدعين على الزوج أن الحوائج ملك لأمهم فالظاهر أن ذلك مكذب لدعواهم الوصية فلا تسمع، وإن كان المدعي للكية الأم غيرهم من الورثة فدعواه مسموعة. والله أعلم. وسئلت أيضا عمن أقر أنه لاحق له في هذه العزلة التي هي وقف من قبل فلانة، وأنها لم تزل جارية في ملكها إلى حين وقفها ثم مات شخص قريب للمقر فادعى أن لمورثه فيها حصة فهل تسمع دعواه أم لا؟ فأجبت: إقرار الشخص أنه لا حق له في هذه العزلة التي هي وقف [من[2724]] قبل فلانة، وأنها لم تزل جارية في ملكها إلى حين وقفها مبطل لدعواه أن لمورثه فيها حصة. والله أعلم.

ص: **ولزم لحمل** ش: سواء أطلق الإقرار كقوله لحمل فلانة ألف، أو قيده بقوله ألف من هبة أو صدقة، ولا إشكال إذا قيد ذلك بوجه يصح للجنين كما ذكرنا وأما إن قال أقرضنيها ونحو ذلك فذكر في التوضيح عن سحنون وابن عبد الحكم أنه يلزمه. قال: وخرج عدم اللزوم من أحد القولين في مسألة من علق طلاق زوجته على مسألة الحجر وخرج عدم اللزوم أيضا فيما إذا [أطلق[2725]] من الموازية انتهى وقال ابن عرفة: المازري في الإقرار لحمل إن قيده بما يصح كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أوصى له بها أو ميراث صح وإن قيده بما يمتنع بطل كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملني بها، وقال ابن سحنون يلزمه وتقييده بما ذكر ندم، [ثم ذكر[2726]] عن المازري التخريج فيما إذا أطلق، فتحصل فيما إذا قيده بوجه لا يصح للجنين قولان لسحنون مع ابن عبد

الحديث ....

[2721] - في المطبوع أباهم أشهده وما بين المعقوفين من ن ذي ص223 وم83 وسيد39 والشيخ178.

[2722] *- في المطبوع ببينته وما بين المعقوفين من م83.

[2723] *- في المطبوع ابنه وما بين المعقوفين من م83 والنوادر، ج9 ص100 ويحيى102.

[2724] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م83 وسيد39 والشيخ178.

[2725] *- في المطبوع طلق وما بين المعقوفين من سيد39 وم83.

[2726] *- في المطبوع ذكر ثم وما بين المعقوفين من ن عدود ص223.

نص خليل

وَوُضِعَ لأَقَلِّهِ وَإِلاَّ فَلأَكْثَرِهِ وَسُوِّيَ بَيْنَ تَوْأَمَيْهِ إلاَّ لِبَيَانِ الْفَضْلِ بِعَلَيَّ أَوْ فِي ذِمَّتِي أَوْ عِنْدِي أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ وَلَوْ زَادَ إنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ قَضَى أو وَهَبْتَهُ لِي أَوْ بِعْتَهُ أَوْ وَفَّيْتُهُ أَوْ أَقْرَضْتَنِي أَوْ مَا أَقْرَضْتَنِي أَوْ أَلَمْ تُقْرِضْنِي أَوْ سَاهِلْنِي أَوِ اتزِنْهَا مِنِّي أَوْ لأَقْضِيَنَّكَ الْيَوْمَ أَوْ نَعَمْ أَوْ بَلَى أَوْ أَجَلْ جَوَابًا لاَ لَيْسَ لِي عِنْدَكَ أَوْ لَيْسَتْ لِي مَيْسَرَةٌ لاَ أُقِرُّ أَوْ عَلَيَّ أَوْ عَلَى فُلاَنٍ أَوْ مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا وَفِي حَتَّى يَأْتِيَ وَكِيلِي وَشِبْهِهِ أَوِ اتَّزِنْ أَوْ خُذْ قَوْلاَنِ كَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فِيمَا أَعْلَمُ أَوْ أَظُنُّ أَوْ عِلْمِي.

متن الحطاب

224 الحكم ونقل المازري، وفهم من كلام المصنف أن الإقرار/ لصبي لا يعقل أو لمجنون صحيح من باب أحرى، وهو كذلك كما صرح به صاحب الشامل وغيره. قال ابن عرفة: وما أقر به [لمجنون[2727]] أخذه وليه أو السلطان إن لم يكن له ولي. انتهى.

ص: ووضع لأقله ش: كذا في كثير من النسخ ونحوه لابن الحاجب، وقد تعقبه ابن عبد السلام وابن هارون والمصنف. قال ابن عبد السلام: لأن حكم الستة في ذلك حكم ما زاد عليها اتفاقا، وإنما تبع ابن الحاجب ابن شاس من غير تأمل، وصوب ابن عرفة تعقبهم ثم قال إلا أن لابن شاس وابن الحاجب في ذلك عذرا وهي أول مسألة من كتاب أمهات الأولاد وذكر لفظ المسألة. ثم قال: فالتعقب عليهما في لفظهما بما هو نص المدونة أخف من التعقب عليهما في لفظ هو من قبل أنفسهما. انتهى. وانظر إذا كانت المرأة ظاهرة الحمل يوم الإقرار وتأخر أكثر من ستة أشهر والظاهر أن ذلك لا يضر ويلزم الإقرار للحمل كما قالوه في غير مسألة فتأمله. والله أعلم.

ص: وإلا فلأكثره ش: أي وإن لم تكن [الأم[2728]] موطوءة فإن الإقرار يلزم لما تضعه لأكثر الحمل وهو أربع سنين أو خمس على الخلاف المتقدم في باب العدة، وانظر هل يعتبر أكثر الحمل من يوم وطئت أو من يوم الإقرار. قال ابن عرفة: ذكر المازري ما يدل على وجود الحمل يوم الإقرار وهو وضعه لأقل من ستة أشهر وما يدل على عدمه وهو وضعه لأكثر من أربع سنين من يوم الإقرار. قال: وإن وضعته لما بين هذين الوقتين وليست بذات زوج ولا سيد يطؤها حمل على أن الولد كان مخلوقا لا تحل إضافته للزنا. انتهى.

قلت: أول كلامه صريح في أن ذلك من يوم الإقرار وآخر كلامه يدل على أن المعتبر من يوم وطئت لقوله حمل على أن الولد كان مخلوقا لا تحل إضافته للزنا وهذا هو الظاهر. فتأمله. والله أعلم.

ص: أو وهبته لي ش: لأن ذلك دعوى، واختلف هل يحلف المقر له أم لا. قال الشارح في الكبير: ولعلهما/ جاريان على الخلاف في اليمين هل تتوجه على دعوى المعروف أم لا؟ انتهى. 225

ص: لا أقر ش: هو بلا النافية الداخلة على الفعل المضارع المثبت كما قال ابن غازي، ومعناه ظاهر من كلامه وكلام الشارح.

مسألة: من ادعي عليه بشيء فلم يقر ولم ينكر، بل قال عقب دعوى المدعي وأنا أيضا لي عليك مال

الحديث

....

[2727] – في المطبوع لمحنون وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 وم83 ويحيى102 وسيد39 والشيخ179.

[2728] – في المطبوع الامة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 224 وم83 ويحيى102 والشيخ179.

نص خليل ....

متن الحطاب

أو شيء سماه فلا يكون ذلك إقرارا. نقله ابن فرحون عن المازري في الفصل السابع في الكلام على [البينات. [2729]]

مسألة: اختلف في السكوت هل هو كالإقرار أم لا؟ قال في العتبية في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب التفليس: مسألة: وسئل عن رجل جاء قوما في مجلس فقال أنا أشهدكم أن لي على فلان كذا وكذا دينارا وفلان ذلك مع القوم في المجلس فسكت ولم يقل نعم ولا لا ولم يسأله الشهود عن شيء، ثم جاء يطلب ذلك قبله فأنكر أن يكون [له [2730]] عليه شيء؟ قال: نعم ذلك لازم إذا سكت ولم يقل شيئا.

قال محمد بن رشد: اختلف في السكوت [هل يعد [2731]] إذنا في الشيء وإقرارا به على قولين مشهورين في المذهب منصوص عليهما لابن القاسم في غير ما موضع من كتابه أحدهما أنه إذن، والثاني أنه ليس بإذن، وهو قول [ابن [2732]] القاسم أيضا في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وفي سماع أصبغ من كتاب المدبر، وأظهر القولين أنه ليس بإذن، لأن في قول النبي صلى الله عليه وسلم: {والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها[1]} دليلا على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت، وقد أجمعوا على ذلك في النكاح فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت عليه إلا برضا منه فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار كالذي يرى حمل امرأته فيسكت ولا ينكره ثم ينكره بعد ذلك وما أشبه ذلك، وقد مضى هذا المعنى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح وفي غير ما موضع من كتابنا هذا. انتهى. ونقل ابن سلمون في وثائقه في باب الإقرار كلام ابن رشد هذا، وذكر قبله مسألة من له دين على ميت وقسمت تركته بحضرته ولم يتكلم أن ذلك مسقط لحقه، وتقدم كلامه في كتاب التفليس عند قول المصنف: "وإن ظهر دين" وكلام ابن رشد في نوازل عيسى وكلام ابن فرحون والمتيطي زاد ابن فرحون إثر كلامه المتقدم في باب التفليس: مسألة قال ابن القاسم فيمن سئل عند موته هل لأحد عندك شيء فقال لا قيل له ولا لامرأتك والمرأة ساكتة ولم تتكلم وهي تسمع فإنها تحلف أن حقها عليه؛ يريد إلى الآن وتأخذه إن قامت لها به بينة ولا يضرها سكوتها من المذهب لابن راشد. ثم ذكر مسألة العتبية المذكورة هنا ولم ينقل كلام ابن رشد عليها. ثم قال:

فرع: وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل فلان الساكن في منزلك لم أسكنته؟ فقال أسكنته [بلا كراء [2733]]، والساكن يسمع ولا ينكر ولا يغير ثم ادعى أن المنزل له فقال لا يقطع سكوته دعواه إن أقام البينة أن المنزل له ولا يحلف لأنه يقول ظننت أنه يداعبه. انتهى. ونقل ذلك ابن سلمون أيضا إثر كلامه المتقدم في باب التفليس وزاد بعده وكتب شجرة إلى سحنون رجل أوصى بعتق أمته وهي حاضرة ساكتة تسمع ولا تدعي الحرية فلما مات الموصي قالت إنها حرة فلا يضرها سكوتها. انتهى.

وذكر البرزلي في أوائل القسمة عن التونسي أنه إذا قسم بعض العقار وترك بعضه فلم يتكلم من له دين على ميت حين القسمة ثم تكلم بعد ذلك واعتذر بأنه إنما ترك الكلام لأن بقية الربع لم [تقسم [2734]] أنه يقبل منه ذلك. انتهى.

الحديث

1- عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها. مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث1421.

2729 - في المطبوع النيات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 225 وم84 ويحيى102 والشيخ179.

2730 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م84 وسيد39.

2731 *- في المطبوع هل هو يعد وما بين المعقوفين من يحيى وسيد39 وم84.

2732 - في المطبوع أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 225 وم84 ويحيى102 والشيخ180.

2733 *- في المطبوع بالكراء وما بين المعقوفين من ابن سلمون، ج2 ص244 والتبصرة، ج2 ص57.

2734 *- في المطبوع ويحيى103 وسيد39 والشيخ180 يقسم وما بين المعقوفين من م84.

نص خليل

وَلَزِمَ إن نُوكِرَ فِي أَلْفٍ مِّنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ عَبْدٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ كَدَعْوَاهُ الرِّبَا وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رَابَاهُ فِي أَلْفٍ لاَ إِنْ أقَامَهَا عَلَى إقْرَارِ الْمُدَّعِي أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ بَيْنَهُمَا إلاَّ الرِّبَا أَوْ اشْتَرَيْتُ خَمْرًا بِأَلْفٍ أَو اشْتَرَيْتُ عَبْدًا بِأَلْفٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ أَوْ أَقْرَرْتُ بِكَذَا وَأَنَا صَبِيٌّ كَأَنَا مُبَرْسَمٌ إنْ عُلِمَ تَقَدُّمُهُ أَوْ أَقَرَّ اعْتِذَارًا.

متن الحطاب

226 **مسألة:** قال ابن سهل في أحكامه في مسائل/ الإقرار: إذا دفع وديعة لرسول بغير بينة ثم جاء ربها فأعلمه بذلك فسكت ثم طالبه فإنه يحلف ما أمر فلانا بقبضه وما كان سكوته رضا بقبضه ثم يغرمه ولو علم بذلك فقال للدافع كلم فلانا القابض يحتال لي في المال كان رضا بقبضه فليطلبه به والدافع بريء. انتهى. وقال في النوادر في أواخر كتاب الوديعة في ترجمة المودع يأتيه من يذكر أن ربها أمره بأخذها فيدفعها إليه: قال محمد بن عبدوس في الذي قال للمودع بعثني ربها لآخذها منك فدفعها إليه ثم اجتمع مع ربها فذكر له ذلك فسكت، ثم طالبه بعد ذلك قال: يحلف أنه ما أمر فلانا بقبضها، وما كان سكوته رضا بقبضه ثم يغرمه، ولو أن رب المال علم بقبض القابض فجاء إلى المودع فقال له كلم فلانا القابض يحتال لي في المال فقال هذا رضا بقبضه فليطلبه به ويبرأ الدافع. قال: ولو طلبها ربها فجحد الدافع فقال ربها احلف ما أودعتك قال يحلف له مالك علي شيء. قال أبو محمد: يريد على قول ابن الماجشون، ويعني أيضا أن الدافع أيقن بأمر رب الوديعة له. انتهى.

ص: **ولزم إن نوكر في ألف من ثمن خمر** ش: يريد ويحلف المقر له أنها ليست من ثمن خمر. نقله ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون.

ص: **أو عبد ولم أقبضه** ش: هذا قول ابن القاسم وسحنون وغيرهما. قال أصبغ ولا يحلف البائع إلا أن يقوم عليه بحضرة البيع. نقله ابن عرفة أيضا، وهو يؤخذ من فصل اختلاف المتبايعين.

ص: **أو اشتريت عبدا بألف ولم أقبضه** ش: فإن قيل لِمَ لَمْ يقولوا بتبعيض الإقرار في هذه المسألة كما قيل به في مسألة له علي ألف من ثمن عبد ولم أقبضه، ويعد قوله: "ولم أقبضه" ندما، فالجواب على ما قال ابن عبد السلام أنا لا نسلم أن قوله اشتريت عبدا بألف يوجب عمارة ذمته بالألف إلا بشرط القبض في البيع وهو لم يقر به، لكن قال في التوضيح فيه بحث لا يخفى عليك. انتهى.

قلت: كأنه يشير -والله أعلم- إلى ما تقرر أن الضمان ينتقل في البيع الصحيح بالعقد ولا يشترط القبض، لكن قد تقدم أنه إذا تنازع المتبايعان فيمن يبدأ بالتسليم أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أوّلاً، فهذا يقتضي أنه يقبل قوله في عدم القبض لأنه يقول من حق البائع أن يمتنع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه مني، وذكر ابن فرحون في الفصل [الثامن[2735]] من القسم السابع من الركن السادس أنه لو قال الشاهدان نشهد أن له عنده مائة دينار من ثمن سلعة اشتراها منه فقال ابن عبد الحكم لا يقبل ذلك منهما، ولا يلزمه اليمين حتى يقولا وقبض السلعة. انتهى.

227 ص: **أو أقررت بكذا وأنا صبي** ش: قال في العمدة: وإن أقر بالغا عاقلا/ أنه استهلك مالا في جنونه أو في صبوته لزمه ومن ادعى عليه بأنه أقر بالغا فقال بل أقررت غير بالغ فالقول قوله مع يمينه. قال القاضي أبو محمد: وأظن بعض أصحابنا جعل القول قول المدعي، ولو ادعى أنه أقر مجنونا ولم يعلم له سبق جنون فهل يقبل قوله أو قول المقر له؟ روايتان، ولو قال لا أدري هل كنت بالغا أم لا، أو

الحديث

....

[2735] *- في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من م84 ويحيى103 وسيد40.

نص خليل

أَوْ بِقَرْضٍ شُكْرًا عَلَى الأَصَحِّ وَقُبِلَ أَجَلُ مِثْلِهِ فِي بَيْعٍ لاَ قَرْضٍ وَتَفْسِيرُ أَلْفٍ فِي كَأَلْفٍ وَدِرْهَمٍ وَخَاتَمٍ فَصُّهُ لِي نَسَقًا إِلاَّ فِي غَصْبٍ فَقَوْلاَنِ لاَ بِجِذْعٍ وَبَابٍ فِي لَهُ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ أَوِ الأَرْضِ.

متن الحطاب

كنت عاقلا أم لا لم يلزمه شيء. قال القاضي: وعلى القول المظنون يشبه أنه يلزمه. انتهى.

قلت: الظاهر أن يفرق بين الصبا والجنون، فإذا قال لا أدري أكنت صبيا أو بالغا لا يلزمه شيء حتى يثبت أنه بالغ، وإذا قال لا أدري [أكنت عاقلا[2736]] أم لا لزمه؛ لأن الأصل العقل حتى يثبت انتفاؤه فتأمله.

ص: **أو بقرض شكرا على الأصح** ش: كلام ابن غازي عليها حسن، ومفهوم قول المصنف: "بقرض" أنه لو أقر بغير القرض على وجه الشكر يلزمه وهو كذلك. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: والشكر إنما هو معتبر في قضاء السلف لأنه معروف يوجب شكرا، ولو أقر بدين من غير قرض وادعى قضاءه لم يصدق، ورواه ابن أبي أويس، وسواء قال كان عندي على وجه الشكر أو لا. انتهى. وما ذكره عن ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع سحنون من كتاب المديان والتفليس، وزاد فيه: إذ ليس بموضع شكر على ما مضى القول فيه في رسم [يوصي [2737]] من سماع عيسى، ويشير بذلك إلى ما قاله ابن القاسم فيمن أشهد رجلا أنه تقاضى من فلان مائة دينار كانت له عليه فجزاه الله خيرا فإنه أحسن قضائي، فليس لي عليه شيء، فقال المشهود له قد كذب إنما أسلفته المائة سلفا أن القول قول المشهود له. قال ابن رشد: هذا مثل ما في آخر المديان منها، وما في رسم المكاتب من سماع يحيى من هذا الكتاب إن من أقر بالاقتضاء لا يصدق في أنه اقتضاه من حق له وإن كان إقراره على وجه الشكر، وقال في كتاب الشهادات من المدونة: وفي سماع سحنون من هذا الكتاب إن من أقر بسلف وادعى قضاءه على وجه الشكر لا يلزمه، والفرق بين القضاء والاقتضاء أن السلف معروف يلزمه شكره لقوله تعالى: ﴿ أن اشكر لي ولوالديك ﴾ وقوله: ﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: {[من أزلت إليه يد فليشكرها[2738]][1]} فحمل المقر على أنه إنما قصد إلى أداء ما تعين عليه من الشكر لفاعله لا إلى الإقرار على نفسه بوجوب السلف عليه إذ قد قضاه إياه على ما ذكر، وحسن القضاء واجب على من عليه حق أن يفعله فلم يجب على المقتضي أن يشكره، فلما لم يجب ذلك عليه وجب أن لا يكون له تأثير في الدعوى، وهذا على أصل ابن القاسم وعلى أصل أشهب في أنه لا يؤخذ بأكثر مما أقر به يكون القول قول المقتضي، وما قاله ابن الماجشون نص في هذه المسألة. انتهى مختصرا.

228 ص: **وقبل أجل مثله الخ** ش:/ ما ذكره ابن عرفة صحيح لا شك فيه، وما ذكره المصنف وابن الحاجب إنما يأتي على أصل الشافعية من أن الأصل في القرض الحلول. والله أعلم.

ص: **إلا في غصب فقولان** ش: كذا ذكر القولين في التوضيح عن أشهب عدم لزوم الغصب وعن ابن عبد الحكم اللزوم، وكأنه لم يقف على المسألة في المدونة وهي في كتاب الغصب منها ونصها من أقر

الحديث

1- من أزلت إليه نعمة فليشكرها. النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ج2 ص310.

2736 *- في المطبوع وسيد40 والشيخ181 أكنت بالغا عاقلا وما بين المعقوفين من م84 ويحيى103.

2737 *- في المطبوع وم84 توضأ وما بين المعقوفين من يحيى103 وسيد40 والشيخ14.

2738 *- في المطبوع من أزكت عليه يد رجل فليشكرها وما بين المعقوفين من يحيى104.

نص خليل كَفِي عَلَى الأَحْسَنِ وَمَالٌ نِصَابٌ وَالأحْسَنُ تَفْسِيرُهُ كَشَيْءٍ وَكَذَا وَسُجِنَ لَهُ وَكَعَشَرَةٍ وَنَيِّفٍ وَسَقَطَ فِي كَمِائَةٍ وَشَيْءٍ وَكَذَا دِرْهَمًا عِشْرُونَ وَكَذَا وَكَذَا أَحَدٌ وَعِشْرُونَ وَكَذَا كَذَا أَحَدَ عَشَرَ وَبِضْعٌ أَوْ دَرَاهِمُ ثَلاَثَةٌ وَكَثِيرَةٌ أَوْ لاَ كَثِيرَةٌ وَلاَ قَلِيلَةٌ أَرْبَعَةٌ وَدِرْهَمٌ الْمُتَعَارَفُ وَإِلاَّ فَالشَّرْعِيُّ وَقُبِلَ غِشُّهُ وَنَقْصُهُ إِنْ وَصَلَ وَدِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ أَوْ تَحْتَهُ أَوْ فَوْقَهُ أَوْ عَلَيْهِ أَوْ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ أَوْ فَدِرْهَمٌ أَوْ ثُمَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمَانِ وَسَقَطَ فِي لاَ بَلْ دِينَارَانِ وَدِرْهَمٌ دِرْهَمٌ أَوْ بِدِرْهَمٍ دِرْهَمٌ وَحَلَفَ مَا أَرَادَهُمَا كَإِشْهَادٍ فِي ذُكْرٍ بِمِائَةٍ وَفِي آخَرَ بِمِائَةٍ وَبِمِائَةٍ وَبِمَائَتَيْنِ الأَكْثَرُ وَجُلُّ الْمِائَةِ أَوْ قُرْبُهَا أَوْ نَحْوُهَا الثُّلُثَانِ فَأَكْثَرُ بِالاجْتِهَادِ وَهَلْ يَلْزَمُهُ فِي عَشَرَةٍ فِي عَشَرَةٍ عِشْرُونَ أَوْ مِائَةٌ قَوْلاَنِ وَثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ وَزَيْتٌ فِي جَرَّةٍ وَفِي لُزُومِ ظَرْفِهِ قَوْلاَنِ لاَ دَابَّةٌ فِي اصْطَبْلٍ وَأَلْفٌ إِنِ اسْتَحَلَّ أَوْ أَعَارَنِي لَمْ يَلْزَمْ.

متن الحطاب أنه غصب هذا الخاتم، ثم قال: وفصه لي أو أقر لك بجبة، ثم قال: وبطانتها لي أو أقر لك بدار وقال بناؤها لي لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقا. انتهى. ونقل أبو الحسن عن أشهب نحو قول ابن عبد الحكم أنه لا يصدق، ونقل عن ابن القاسم في سماع أصبغ نحوه خلاف قوله في المدونة، ثم قال قول ابن رشد في السماع ضعيف وما في المدونة أصح وأولى. انتهى. والله أعلم.

ص: كفى على الأحسن ش: كلامه رحمه الله يقتضي أن الخلاف في قوله له في هذه الدار حق، وأما قوله من هذه الدار حق فلا خلاف فيه وليس كذلك، فإن سحنونا اختلف قوله إذا قال له من هذه الدار حق أو في هذه الدار حق فقال مرة يقبل تفسيره بما ذكر ثم رجع فقال لا يقبل ذلك منه، وقال ابن عبد الحكم إن قال من لم يُقبَلَ قوله وإن قال في قُبِلَ، والخلاف في قوله في وفي قوله من لكن لما كان القول بقبول تفسيره في من إنما هو القول المرجوع عنه لم يلتفت إليه. والله أعلم. وكأن المصنف رحمه الله رأى أن القول بقبول تفسيره إنما هو القول المرجوع عنه فصار كالعدم، فلذلك لم يذكر الخلاف إلا في قوله في هذه الدار.

فرع: قال في النوادر في كتاب الإقرار في ترجمة من أقر لرجل بشاة في غنمه أو بعير في إبله: قال ابن عبد الحكم: ومن بيده صبرة قمح فقال إن لفلان منها خمسين أردبا فلم يكن فيها إلا دون ذلك فجميعها للمقر له وإن زادت على خمسين فالزيادة للمقر، ولو قال له من هذه الصبرة عشرة دنانير بيع له منها بعشرة دنانير وما بقي فللمقر، وإن لم يف ثمنها بالعشرة فليس له على المقر غير ذلك، وإن قال له من ثمنها عشرة دنانير سئل ما أراد فإن [أراد من[2739]] ثمنها [الذي[2740]] اشتريت سئل كم كان ثمنها؟ فكان المقر له شريكا فيها بعشرة، وإن قال أردت من ثمنها إذا بيعت فهو كذلك، وإن طلبت منه اليمين حلف على ما يقول، فإن مات قبل أن يسأل فللمقر له الأقل من الوجهين. والله الموفق. انتهى.

229 وقوله [فهو كذلك[2741]] أي فكالوجه الأول يباع له منها بعشرة دنانير /

ص: وسجن له ش: أي للتفسير فيما يقبل فيه تفسيره على كل قول.

ص: وجل المائة أو قربها أو نحوها الثلثان فأكثر بالاجتهاد ش: هكذا قال سحنون في نوازله

الحديث ....

[2739] - في المطبوع كان له وم85 ويحيى104 والشيخ182 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228.

[2740] - في المطبوع إذا ويحيى104 والشيخ182 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 228 وم85.

[2741] - في المطبوع بكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 228 وم85 ويحيى104 والشيخ182.

نص خليل كَإِنْ حَلَفَ فِي غَيْرِ الدَّعْوَى أَوْ شَهِدَ فُلاَنٌ غَيْرُ الْعَدْلِ وَهَذِهِ الشَّاةُ أَوْ هَـذِهِ النَّاقَـةُ لَزِمَتْـهُ الـشَّاةُ وَحَلَـفَ عَلَيْهَا وَغَصَبْتُهُ مِنْ فُلاَنٍ لاَ بَلْ مِنْ آخَرَ فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَقُضِيَ لِلثَّانِي بِقِيمَتِهِ.

متن الحطاب 230 من كتاب المديان والتفليس،/ وقال ابن رشد بعد أن ذكر الخلاف في ذلك ما نصه: وهذا كله إنما يحتاج إليه في الميت الذي يتعذر سؤاله عن مراده، وأما المقر الحاضر فيسأل عن تفسير ما أراد ويصدق في جميع ذلك مع يمينه إن نازعه في ذلك المقر له إن ادعى أكثر مما أقر له به وحقق الدعوى في ذلك، وإما إن لم يحقق الدعوى فعلى قولين في إيجاب اليمين عليه. انتهى. وما قاله ظاهر إن فسره المقر بأكثر من النصف، وأما إن فسره بالنصف أو دونه فلا يقبل تفسيره. والله أعلم.

ص: كأن حلف في غير الدعوى ش: [بهذا[2742]] جمع المصنف بين نقلي سحنون رحمه الله، وفرق بينهما ابن عرفة بغير ذلك، ونص كلامه: الشيخ عن [كتاب[2743]] ابن سحنون: من قال لفلان علي مائة درهم إن حلف أو إذا حلف أو متى حلف أو حين يحلف أو مع يمينه أو في يمينه أو بعد يمينه فحلف فلان على ذلك ونكل المقر فلا شيء عليه في إجماعنا وقاله ابن عبد الحكم قائلا وإن حلف مطلقا [أو[2744]] بطلاق أو عتق أو صدقة أو [إن[2745]] استحل ذلك أو إن كان يعلم ذلك أو إن أعارني دابته أو داره فأعاره ذلك أو إن شهد به علي فلان فشهد، ولو قال إن حكم بها علي فلان فتحاكما إليه فحكم بها عليه لزمه. ابن سحنون: من أنكر ما ادعى به عليه فقال له المدعي احلف وأنت بريء أو متى حلفت أو أنت بريء مع يمينك أو في يمينك فحلف فقد بريء، ولو قال له الطالب لا تحلف لم يكن له ذلك، وكذلك إن قال المطلوب للمدعي احلف وأنا أغرم لك فحلف لزمه ولا رجوع له عن قوله، ونوقض قول سحنون بعدم اللزوم في قوله إن حلف فحلف بقوله احلف وأنا أغرم أنه يلزمه، ومثله قول حمالتها احلف أن الحق الذي تدعيه قِبَلَ أخي حق وأنا ضامن أنه يلزمه ولا رجوع له ويلزمه ذلك إن حلف المطلوب، وإن مات كان ذلك في ماله، ويجاب بأن شرط لزوم الشيء إمكانه وهو غير ثابت في قوله إن حلف وأخواته لما علم أن ملزومية الشيء للشيء لا تدل على إمكانه فلم يلزمه الإقرار لعدم إتيانه في لفظه بشرطه وهو الإمكان، ولزمه ذلك في قوله احلف لإتيانه بما يدل على ثبوت شرط اللزوم وهو الإمكان لدلالة صيغة افعل عليه؛ لأن كل مطلوب عادة ممكن. انتهى. وانظر المسألة في سماع أصبغ من كتاب الدعوى من العتبية.

231 ص: أو شهد فلان غير العدل ش: مفهومه إن كان عدلا لزمه/ ما شهد به عليه بمجرد شهادته عليه فقط والذي حصله ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات أنه إن قال ذلك على التبكيت لصاحبه والإنزاه للشاهد عن الكذب فلا اختلاف أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، وإن لم يقل ذلك على وجه التبكيت ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يلزمه ما شهد به عليه كأن يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك أو لا يحققه إلا أن يحكم عليه بشهادته مع شاهد

الحديث ....

[2742] – في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 230 وم85 ويحيى104 والشيخ182.
[2743] *– ساقطة من المطبوع وسيد40 والشيخ183 وقد وردت في م85 ويحيى104.
[2744] – في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 230 وم85 ويحيى104 والشيخ183.
[2745] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 230 وم85 ويحيى104 والشيخ183.

نص خليل
وَلَكَ أَحَدُ ثَوْبَيْنِ عَيَّنَ وَإِلاَّ فَإِنْ عَيَّنَ الْمُقَرُّ لَهُ أَجْوَدَهُمَا حَلَفَ وَإِنْ قَالَ لاَ أَدْرِي حَلَفَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ وَاشْتَرَكَا وَالِاسْتِثْنَاءُ هُنَا كَغَيْرِهِ وَصَحَّ لَهُ الدَّارُ وَالْبَيْتُ لِي وَبِغَيْرِ الْجِنْسِ كَأَلْفٌ إلاَّ عَبْدًا وَسَقَطَتْ قِيمَتُهُ.

متن الحطاب
آخر أو يمين المدعي، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون وأصبغ وعيسى بن دينار، والثاني أنه يلزمه ما شهد به عليه كان يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك [أو[2746]] لا يحققه ويؤخذ منه دون يمين المدعي وهو قول مطرف، والثالث أنه يلزمه إذا كان لا يحقق معرفة ما نازعه فيه خصمه ولا يلزمه إن كان يحقق معرفة ذلك، وهو قول ابن دينار وابن كنانة واختيار سحنون، وسواء كان الشاهد في هذا كله عدلا أو مسخوطا أو نصرانيا، وقد قيل لا يلزم القضاء بشهادة النصراني، بخلاف المسخوط، وإذا لم يتبين من صورة تراجعهما التبكيت من غير التبكيت فهو فيما نازعه فيه من قول قاله أو فعل فعله محمول على التبكيت حتى يتبين منه الرضا والتزام الحكم به على نفسه على كل حال وفيما نازعه من حدود أرض أو دين على أبيه وما أشبه ذلك محمول على غير التبكيت حتى يتبين منه التبكيت، ولا اختلاف في أن له أن يرجع عن الرضا بقوله في جميع ذلك قبل أن يشهد وذلك بخلاف الرضا بالتحكيم إذ لا يختلف في أنه ليس لواحد منهما أن ينزع بعد الحكم ويختلف هل له الرجوع قبل الحكم. انتهى.

فعلم من هذا أن الشاهد إن كان عدلا لم يلزم ما شهد به بمجرد شهادته على الراجح من الأقوال الذي هو قول ابن القاسم، وإنما اقتصر المصنف على غير العدل لأن شهادته لا تؤثر أصلا، [لا وحدها[2747]] ولا مع شاهد آخر أو يمين، وأول كلامه في التوضيح يوهم أنه يلزم ما شهد به العدل بمجرد شهادته فإنه قال: ونص مالك في مسألة إن شهد علي أنه لا يلزمه، وقيده ابن القاسم بما إذا لم يكن عدلا، وأما العدل فيقبل [عليه ونحوه[2748]] في المجموعة. انتهى. ويمكن حمل قوله فيقبل عليه أي تقبل شهادته عليه وكلام النوادر قريب من هذا فإنه لما نقل عن مالك أنه قال لا يلزمه ذلك قال ما نصه: قال ابن القاسم: لكن إن كان الشاهد عدلا قبل عليه، ونحوه في المجموعة عن ابن القاسم. انتهى. والله أعلم. وانظر المسألة أيضا في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الشهادات وفي نوازل أصبغ من كتاب الدعوى والصلح. والتبكيتُ: قال في الصحاح: كالتقريع والتعنيف وبكته بالحجة أي غلبه. انتهى.

ص: ولك أحد ثوبين عيَّنَ الخ ش: هذه المسألة في أول رسم من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وانظر هذه المسألة مع ما قال في النوادر في ترجمة من أقر بعدد من صنفين لم يذكر كم من كل صنف. قال ابن المواز: [وإذا[2749]] قال المريض لفلان علي مائة دنانير ودراهم فإن أمكن مسألته سئل والقول قوله، ويجبر حتى يبين، فإن مات فورثته بمثابته يقرون بما شاؤا من كل صنف ويحلفون، فإن أنكر واعلم ذلك جعل على النصف من كل صنف بعد أيمان/ الورثة أنهم لا يعلمون له شيئا، 232

الحديث

2746 – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 231 وم85 ويحيى105 والشيخ183.

2747 *– في المطبوع لأحدهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 وسيد40 وم85 والشيخ184.

2748 *– في المطبوع عليه يوهم أنه يلزم ما شهد به العدل ونحوه وما بين المعقوفين من يحيى105 وسيد184 وم85.

2749 *– في المطبوع وإذ وما بين المعقوفين من م86 ويحيى105 وسيد40 والشيخ184.

نص خليل

وَإِنْ أَبْرَأَ فُلاَنًا مِمَّا لَهُ قِبَلَهُ أَوْ مِنْ كُلِّ حَقٍّ أَوْ أَبْرَأَهُ بَرِئَ مُطْلَقًا وَمِنَ الْقَذْفِ وَالسَّرِقَةِ.

متن الحطاب

وبعد يمين المقر له أنه ليس حقه أقل من ذلك على البت لا على العلم. انتهى. ونقله ابن بطال في أحكامه في باب ما يلزم المقر في أواخر كتابه.

ص: وإن أبرأ فلانا مما له قبله أو من كل حق أو أبرأه برىء مطلقا ومن القذف والسرقة ش: قال في النوادر في كتاب الإقرار في ترجمة الإقرار بالمجهول: ومن كتاب ابن سحنون: ومن أقر أنه لا حق له قبل فلان فهو جائز عليه وفلان بريء في إجماعنا من كل قليل وكثير دينا أو وديعة أو عارية أو كفالة أو غصبا أو قرضا أو إجارة أو غير ذلك. ثم قال بعد أسطر من هذه الترجمة: وإن أقر أنه لا حق له قِبَلِ فلان ثم ادعى قِبَلَه قذفا أو سرقة فيها قطع وأقام بينة فلا يقبل ذلك إلا أن تقول البينة إنه [فعله[2750]] بعد البراءة، وإن أقر أنه لا حق له قبله فليس له أن يطلبه بقصاص ولا حد ولا أرش ولا كفالة بنفس ولا بمال ولا دين ولا مضاربة ولا شركة ولا ميراث ولا دار ولا أرض ولا رقيق ولا شيء من الأشياء من عروض وغيرها إلا ما يستأنف بعد البراءة في إجماعنا. انتهى.

وقال قبله: قال سحنون في بعض أقاويله: إذا قال فلان بريء من كل حق لي عليه أو قال مما لي عليه أو مما لي عنده أو قال لا حق لي قِبَلَه فذلك كله سواء، وهو بريء من كل شيء من أمانة أو ضمان. قال محمد: وأنا أستحسن قوله هو بريء من حقه قِبَلَه ولم يقل من جميع حقه، ثم قال أنا بريء من بعض حقي وبقي البعض فلا يصدق، والبراءة جائزة في إجماعنا في جميع حقه. انتهى. وهو معنى ما أشار إليه المصنف، ومثل ذلك إذا قال وهذا آخر حق لي عليه.

قال في النوادر من كتاب الأقضية: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا شهدت بينة لرجل أن فلانا أبرأه من جميع الدعاوى وأنه آخر كل حق له [وطلب[2751]] من جميع المعاملات، ثم أراد أن يستحلفه بعد ذلك وادعى أنه قد غلط أو نسي فليس ذلك له، وكذلك إن شهد عليه بذكر حق مسمى، وفي الكتاب أنه لم يبق له عليه ولا قِبَلَه حق ولا عنده أو شهدوا له أنه لم يبق بينه وبينه معاملة غير ما في هذا الكتاب فليس له بعد ذلك أن يستحلفه على غير ذلك يريد مما قبل تاريخ الكتاب، وكذلك لو قال الذي أقر بالحق ليس هذا الذي أديت علي وغلطت في الحساب فليس له أن يحلف رب الحق على ذلك، ولو كان له ذلك ما نفعت البراءة ولا انقطعت المعاملة.

تنبيهات: الأول: ذكر صاحب الطراز في ترجمة مبارأة الوصي عن اليتيمة ما يخالف ما نقله صاحب النوادر والمؤلف، ونصه: انظر لو انعقد بين شخصين أنه لم يبق لواحد منهما دعوى ولا حجة ولا يمين ولا علقة بوجه من الوجوه كلها قديمها وحديثها، ثم قام أحدهما على صاحبه بحق قبل تاريخ الإشهاد المذكور وثبت ببينة أنه يأخذه صاحبه به ولا يضره الإشهاد؛ لأن ظاهر الإشهاد المذكور لم يقصدا فيه لإسقاط البينة. قاله ابن عتاب. قال البرزلي: فعلى هذا يفتقر إلى ذكر إسقاط البينة الحاضرة والغائبة في السر والإعلان، ومن أقام منهما بينة فهي زور وإفك لا عمل عليها. انتهى من آخر مسائل الأنكحة من مختصر البرزلي. وما قاله خلاف المشهور. انظر نوازل ابن الحاج.

الحديث

....

[2750] – في المطبوع جعله وما بين المعقوفين من ن ذي ص232 وم86 والشيخ184 وسيد40 ويحيى105.

[2751] *- في المطبوع مطلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 وسيد40 والشيخ184 وم86.

نص خليل ....

متن الحطاب **الثاني**: ظاهر كلام المؤلف بل صريحه، وظاهر كلام المازري الذي نقله ابن غازي أن الإبراء يشمل الأمانات وهي معينات، وفي كلام القرافي في الذخيرة ما يقتضي مخالفة ذلك، ونصه في آخر كتاب الدعاوى: تنبيه: الإبراء من المعين لا يصح بخلاف الدين فلا يصح [أبراتك[2752]] من داري التي تحت يدك؛ لأن الإبراء الإسقاط والمعين لا يسقط. نعم يصح فيه الهبة ونحوها. انتهى. وهو كلام ظاهر في نفسه إلا أن المراد من قول القائل أبرأتك من داري التي تحت يدك أي أسقطت مطالبتي بها، ولا شك أن المطالبة تقتضي الإسقاط فالكلام على حذف مضاف فتأمله، مع أن ما ذكره القرافي خلاف ما صرح به ابن عبد السلام في أول كتاب الصلح من الإسقاط في المعين، وأن لفظ الإبراء أعم منه؛ لأنه يطلق على/ المعين وغيره فراجعه وتأمله. والله أعلم. 233

الثالث: قول المؤلف: "بريء مطلقا" يحتمل أن يريد سواء كان الذي أبرأه منه معلوما أو مجهولا كما قال في باب الوكالة: "وإبراء وإن جهله الثلاثة"، وفي المذهب مسائل لا يفسدها الجهل، وانظر كلام ابن رشد المشار إليه عند كلام المصنف في الوكالة قال القرافي: في باب الحمالة نظائر. قال العبدي: يجوز المجهول في الحمالة والهبة. زاد غيره الوصية والبراءة من المجهول والصلح والخلع والصداق في النكاح والصدقة والقراض والمساقاة والمغارسة فتكون إحدى عشرة مسألة.

الرابع: ما ذكره ابن عرفة عن ابن رشد من أن لفظة عندي تقتضي الأمانة ولفظة عليه تقتضي الذمة. نقل مثله في المسائل الملقوطة عن الغرناطي، ونصه: ومن أقر لرجل أنه لا حق له عليه برئ من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون، وإن أقر أنه لا حق له [عليه[2753]] برئ من الضمانات والأمانات. انتهى من وثائق أبي إسحاق الغرناطي.

فروع: **الأول**: إذا عمم المبارءات بعد عقد الخلع فأفتى ابن رشد أنه راجع لجميع الدعاوى كلها مما تتعلق بالخلع أو بغيره وأفتى غيره بأنه يرجع إلى أحكام الخلع خاصة. ذكره البرزلي في مسائل الخلع وهي في نوازل ابن رشد من مسائل الطلاق وذكرتها في الباب الأول من كتاب الالتزام الذي ألفته.

الثاني: قال البرزلي في أثناء مسائل الأقضية والشهادات ناقلا له عن تعليقة التونسي ما نصه: وهو أن رجلا قام بعقد استرعاء وطلب إثباته على رجل فقال هذا الرجل إنه ساقط عني بإشهاد هذا القائم على نفسه بقطع دعواه عني، وأن كل بينة مسترعاة قديمة أو حديثة فهي ساقطة فقال القائم إني لم أفهم هذه الوثيقة المنعقدة بيني وبينك وهي معقودة على الكمال جوابها إن شهد بها فإنها تمضي على القائم فإن قوله لم أفهمها إبطال لها وتزوير لشهودها، وهذا باب عظيم إن فتح للخصام بطلت به حقوق كثيرة وبينات محققة وسد هذا الباب واجب. انتهى. ويشهد لما قاله مسائل متعددة من نوازل ابن رشد. والله أعلم.

الحديث ....

2752 - في المطبوع براتك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 232 وم86 ويحيى106.

2753 *- في المطبوع لا حق له عليه عنده وما بين المعقوفين من ن عدود ص233.

نص خليل فَلاَ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ وَإِنْ بِصَكٍّ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ بَعْدَهُ وَإِنْ أَبْرَأَهُ مِمَّا مَعَهُ بَرِئَ مِنَ الأَمَانَةِ لاَ الدَّيْنِ.

متن الحطاب **الثالث:** قال البرزلي في أواخر مسائل الوكالات: مسألة: لا يجوز للوصي أن يبرىء عن المحجور البراءة العامة، وإنما يبرىء عنه في المعينات، وكذلك المحجور يقرب رشده لا يبرئه إلا من المعينات، ولا تنفعه المباراة العامة حتى يطول رشده كستة أشهر فأكثر، ونص عليه المتيطي، ومن هذا لا يبرىء القاضي الناظر في الأحباس المباراءات العامة وإنما يبرئه من المعينات، وإبراؤه عموما جهل من القضاة، وقد رأيت ذلك لقاض يزعم المعرفة ولا يعلم صناعة القضاء، وكذلك رأيت تقديم قاض آخر لناظر في حبس معين وجعل بيده من ذلك النظر التام العام، وجعله مصدقا في كل ما يتولى دخله، وخرجه دون بينة لثقته بالقيام به، وهذا أيضا جهل؛ لأن أحوال الأحباس كأموال الأيتام، وقد قال تعالى: ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ يقول لئلا تضمنوا ويقول الآخر لئلا تحلفوا، فعلى كل حال لا يصرف الأمر إليهم على حد ما يصرفه الإنسان في مال نفسه، إذ ليس له تصرف إلا على وجه النظر فهو محجور عن التصرف التام. انتهى.

ص: فلا تقبل دعواه وإن بصك إلا ببينة أنه بعده ش: قال في سماع أبي [زيد من[2754]] الشهادات: وسئل عن رجل أتى بشاهدين يشهدان أن هذا المدعي أقر عندنا منذ شهرين أن ليس له قبل فلان شيء ولا يدري الشاهدان اللذان شهدا على الحق قبل هؤلاء أم بعد؟ قال: أرى أن يقضي بشاهدي المطلوب. ابن رشد: المعنى أن المطلوب أقر بالعشرين وادعى البراءة منها واستظهر على ما ادعاه بإقرار الطالب أنه لا شيء عنده، فالطالب يقول إنما أقررت قبل أن تجب العشرون، والمطلوب يقول إنما أقررت بعد وجوبها فقيل القول قول المطلوب، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، لأن قوله يقضي بشاهدي المطلوب معناه يقضي بأن/ يكون القول قوله من أجل شهادة شاهديه، وقيل القول قول الطالب، وهو الذي يأتي على قول ابن نافع في سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح، وهذا إذا كانت بينهما مخالطة، ولو لم تكن بينهما مخالطة لكان القول قول المطلوب قولا واحدا، ولو كان له قبله حق قديم غير هذا لكان القول قول الطالب قولا واحدا بدليل ما في سماع أشهب من الوديعة. وجه الأول أنه لا يشهد أحد بأنه لا حق له عند من يكون له عنده حق، ووجه الثاني أن الدين وجب على الطالب بإقراره فلا يسقط إلا بيقين وهو الأظهر، وكذلك إذا أقر المطلوب بالعشرين وأتى ببراءة منها وقال هي التي أقررت بها وقال الطالب غيرها يكون القول قول الطالب إن كان له قبله غيرها، والقول قول المطلوب إن لم يكن له غيرها قبله ولا بينهما مخالطة، ويختلف إن لم يكن له قبله حق وكانت بينهما مخالطة على القولين المذكورين، ولسحنون في [نوازله[2755]] من المديان ثالث في المسألة؛ وهو تفرقته بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق العدد أو ببراءات متفرقات، وهو قول ضعيف، وأما إن كان المطلوب منكرا للعشرين التي قامت عليه البينة بها فلا إشكال، ولا اختلاف أن القول قول الطالب إذ لا تسقط بينته بأمر محتمل، وإنما [يختلف[2756]] إذا أتى [ببينة[2757]] أنه قضاه

234

الحديث ....

[2754] - في المطبوع زيد من من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 233 وم86 ويحيى106 والشيخ186.
[2755] - في المطبوع نوازله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 234 وم87 ويحيى106 والشيخ186.
[2756] *- في المطبوع وسيد41 والشيخ186 تختلف وما بين المعقوفين من م87 ويحيى106.

نص خليل ....

متن الحطاب العشرين بعد الإنكار. وبالله التوفيق. انتهى. وقول ابن نافع الذي أشار إليه ابن رشد في سماع يحيى هو في رسم الأقضية، ونصه: وسألت ابن وهب عن الرجل يدعي عليه رجل بمائة دينار فيدعي المدعى عليه أنه قضاه مائة دينار وعشرين ويأتي على ذلك بالبينة ولا تشهد البينة على المائة [دينار[2758]] بعينها أنها دخلت في المائة والعشرين، فيقول الطالب إنما لي عليك مائة دينار من ثمن عطر بعتكه، وثبت له ذلك بالبينة أو بإقرار المشتري، فيقول له الطالب هات البينة أنك قضيتني ثمن العطر بعينه، ويقول المشتري قضيتك مائة وعشرين ثمن العطر فيها فهل يبرأ المطلوب بهذه الشهادة،؟ وسألت ابن القاسم عنها فقال: يحلف المدعى عليه بالله لقد دخلت المائة دينار ثمن العطر في المائة والعشرين التي قضاه ثم لا شيء عليه.
قال: ولقد بلغني عن بعض العلماء أنه سئل عن رجل ادعى على رجل بألف دينار وأتى بذكر حق، فأتى المدعى عليه ببراءة من ألفي دينار قال: يحلف المدعى عليه ويبرأ، وهذا أمر الناس عندنا. قال يحيى: وسألت ابن نافع عن ذلك فقال: إن كانت بينهما مخالطة معروفة وملابسة فالبينة على المطلوب أن المائة دينار ثمن العطر دخلت في المائة والعشرين، وإلا غرم لأن المخالطة التي جرت بينهما تدل على أنه قد عامله في غير العطر. قال ابن رشد: سقط جواب ابن وهب في أكثر الكتب وثبت في بعضها. قال: نعم. فقوله مثل قول ابن القاسم، ومثل ما حكي عن بعض العلماء، وأما قول ابن نافع فهو خلاف لهم، إذ لا فرق في مذهبهم بين أن يكون بينهما مخالطة أو لا يكون: القول عندهم قول المطلوب في الوجهين جميعا حتى يأتي الطالب بمن يشهد له أنه كان له عليه دين سواه، ولا اختلاف إذا لم تكن بينهما مخالطة أن القول قول المطلوب، ولا في أنه إذا علم أنه كان له عليه دين غيره في أن القول قول الطالب، وإنما الخلاف إذا كان بينهما مخالطة وملابسة. انتهى. وله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من الكتاب المذكور نحو ذلك، ونصه: وسئل عن رجل كان له على رجل حق منذ عشرين سنة فقام به عليه اليوم فزعم الذي عليه الحق أنه قد قضاه، [فتأتي البينة[2759]] أنه قد قضاه منذ تسع سنين أو نحوها، ويأتي صاحب الحق بالبينة أنه أقر له منذ [سنتين[2760]] [فبأي[2761]] [الشهادتين[2762]] يؤخذ؟ قال: يؤخذ بأحدثهما وهي الشهادة على الإقرار. قال ابن رشد: هذا كما قال إن الذي يوجبه الحكم أن يؤخذ بالشهادة على الإقرار لأنه لما أقر له بالحق بعد أن قامت البينة على القضاء حمل على أن القضاء إنما كان له من حق/ آخر قبله، كما لو أقر أنه 235
كان له قبله حق آخر فقضاه فادعى صاحب الحق أنه إنما كان ذلك لحق قديم لكان القول قوله، [ولو كان أقام البينة على القضاء فادعى صاحب الحق أن القضاء إنما كان ذلك لحق آخر

الحديث ....

2757 *- في المطبوع ببينته وما بين المعقوفين من م87 وسيد41 والشيخ186 ويحيى106.
2758 *- في المطبوع والشيخ186 الدينار وما بين المعقوفين من م187 ويحيى106.
2759 *- في البيان ج14 ص173 فياتي بالبينة.
2760 *- في المطبوع سنين وما بين المعقوفين من م87 ويحيى107 وسيد41 والشيخ187 والبيان ج14 ص173.
2761 *- في م87 ويحيى107 بأي.
2762 *- في المطبوع الشاهدين وما بين المعقوفين من البيان ج14 ص173.

نص خليل ....

متن الحطاب كان له قبله وأنكر المطلوب[2763] أن يكون له قبله سوى هذا الذي قد قضاه لكان القول قول المطلوب باتفاق [إن[2764]] لم يكن بينهما مخالطة قديمة، واختلف إن كان بينهما مخالطة، فقيل القول قول الطالب، وقيل القول قول المطلوب، ولسحنون في نوازله من كتاب المديان ثالث. انتهى. فعلم من هذا الكلام أنه إذا كان القول قول المطلوب أو الطالب فذلك مع يمينه، ونص على ذلك أيضا في النوادر في كتاب الدعوى والصلح وهو بين، واتضح به أيضا قول ابن رشد المتقدم في مسألة كتاب الشهادات، وهو قوله: ولو كان له قبله حق قديم كان القول قول الطالب قولا واحدا. وإن كان ذلك لا يدخل في مسألة قيام البينة بالبراءة، بل إذا قامت البينة بالبراءة سقط كل ما كان قبلها ولو أقر به كما سيأتي في كلام ابن رشد إن شاء الله، وإنما ذلك في قيام البينة بالقضاء بشيء مخصوص فيدعي الطالب أن له عليه حقين، وأن الذي ادعاه وقامت له به البينة غير الذي شهدت بينة المطلوب بقضائه ويدعي المطلوب أنه قضاهما جميعا، فهذا هو الذي لا خلاف في أن القول [فيه[2765]] قول الطالب يحلف ويأخذ حقه، وهو بين أيضا، ونص كلام ابن رشد المشار إليه هو في أول رسم من كتاب المديان: وسمعت مالكا يقول في الشريكين يتحاسبان فيكتب أحدهما لصاحبه البراءة من آخر حق قبله، ثم جاء بذكر حق قبله لم يقع في أصل البراءة اسمه فادعى صاحب البراءة أنه قد دخل هو وغيره. قال: يحلف بالله لقد دخل في حسابنا ويبرأ منه لأن القوم إذا تحاسبوا دخل أشباه هذا بينهم، فلو كان من جاء منهم بعد ذلك بذكر حق فيه شهداء أخذ بما فيه لم يتحاسبوا ليبرأ بعضهم من تباعة بعض.

قال ابن رشد: هذا بين لا إشكال فيه ولا اختلاف، لأن ذكر الحق الذي قام به الطالب قبل البراءة، وإذا كان قبلها فالقول قول المطلوب أنه قد دخل في البراءة؛ لأن الحقوق إذا كانت بتواريخ مختلفة، فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا من نحو قولهم فيمن أكرى دارا مشاهرة أو مساناة إن دفع كراء شهر أو سنة براءة للدافع مما قبل ذلك، ومثل ما في رسم الأقضية من سماع أشهب في التخيير والتمليك في الذي يبارىء امرأته وهي حامل على أن تكفيه مؤنة الرضاع ثم تطلبه بنفقة الحمل فقال: لا شيء عليه، لأنه يعرف أنه لم يكن يمنعها الرضاع [و[2766]]يعطيها هذا، وإنما الاختلاف إذا قام بذكر حق فزعم أنه بعد البراءة، وزعم المطلوب أنه قبل البراءة وأنه دخل فيها وذلك على ثلاثة أقوال مضى تحصيلها في سماع أبي زيد من الشهادات. انتهى.

تنبيه: إنما يلزم المطلوب اليمين إذا حقق الطالب الدعوى وأنها بعد البراءة، ولو قال لا أعلم كانت اليمين يمين تهمة، وتجري على أيمان التهم. قال في الرسم الثاني من كتاب المديان أيضا: وسئل مالك عمن كان له على رجل دين فقضاه واكتتب منه براءة فيها وهو آخر حق كان له عليه فيأتيه بعد ذلك بذكر حق لا يعلم أكان قبل البراءة أو بعدها؟ قال: أرى براءته من ذلك أن يحلف لقد دخل هذا الذكر

نص خليل ....

الحديث ....

[2763] *- في م87 والبيان174 ج14 ولو كان لما أقام البينة على القضاء ادعى صاحب الحق أنه إنما قضاه حقا آخر كان له قبله وانكر المطلوب

[2764] - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 235 وم87 والشيخ187.

[2765] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 235 وم87 ويحيى107 والشيخ187.

[2766] - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 235 وم87 ويحيى107 والشيخ188.

متن الحطاب

الحق في هذه البراءة ويبرأ من ذلك، ولعله أن يأتي بذلك عليه بعد موته فلا يكون له ذلك. قال ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الطالب لما أتى بذكر الحق أشكل أكان قبل البراءة أو بعدها إما لكونهما مؤرخين بشهر واحد أو عاريين من التاريخ أو أحدهما، ووقع قوله: "لا يعلم أكان قبل البراءة" معرى من الضبط، فإن كان أراد أن الطالب لا يعلم أكان ذكر الحق الذي قام به قبل أو بعد فإيجابه اليمين على المطلوب لقد دخل هذا الذكر الحق في هذه البراءة مختلف فيه، لأنها يمين تهمة من غير

236

تحقق دعوى فيجري على الخلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة وصرفها، وإن كان أراد أن/ الطالب ادعى أن ذكر حقه الذي قام به بعد البراءة وحقق الدعوى بذلك ولم يعلم صحة قوله لالتباس التواريخ فلا اختلاف ولا إشكال في لحوق اليمين ولا في وجوب صرفها، إلا أنه اختلف هل يكون القول قول الطالب أو المطلوب؟ انتهى.

ونص ما لسحنون في نوازله الذي أشار إليه ابن رشد: قيل له أرأيت إن أتى بذكر حق له على رجل فيه ألف دينار، فأتى المشهود عليه ببراءة ألفي دينار يزعم أن تلك الألف دخلت في هذه المحاسبة والقضاء؟ قال: يحلف ويبرأ. قيل له: فإن أتى ببراءات متفرقة إذا اجتمعت مع الذكر الحق أو الذكورات الحق كانت أكثر أو أقل، وليس شيء من ذلك منسوبا أنه من الذكورات الحق ولا غير ذلك؟ فقال: إذا كانت البراءات متفرقة وليس [واحدة[2767]] منها إذا انفردت فيها جميع هذه الذكورات الحق أو الذكر الحق فإني لا أراها براءة مما ثبت قبله، وإن كان في واحد منها جميع هذا الحق، وصارت بقية البراءات زيادة على ما ثبت قبله فإني أرى أن يحلف ويبرأ.

قال ابن رشد: تفرقة سحنون هذه ضعيفة لا وجه لها لأن الحق يقضى مجتمعا ومتفرقا شيئا بعد شيء، وقد روى ابنه أنه رجع إلى أن يبرأ بالبراءات المتفرقة وإن كان ليس في واحدة منها إذا انفردت [كفافا[2768]] بالذكر الحق، ولو قيل إنه إن [كان[2769]] البراءة أو البراءات إذا اجتمعت أكثر من ذكر الحق لم تكن براءة لكان لذلك وجه، بأن يقال المعنى في ذلك أن المطلوب أنكر المخالطة وزعم أنه لم يبايعه سوى هذه المبايعة التي فيها ذكر الحق وادعاها الطالب، فإذا لم يكن في البراءة الواحدة أو البراءات أكثر من ذكر الحق لم يكن للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة، فوجب أن يحلف المطلوب أنه لم يكن له سوى ذكر الحق، وتكون البراءة أو البراءات براءة له منه، وإن كان في البراءة الواحدة أو البرآآت زيادة على ذكر الحق كان في ذلك للطالب دليل على ما ادعاه من المخالطة، وأنه عامله غير هذه المعاملة فوجب أن يحلف الطالب أنه قد عامله فيما سوى هذا الحق، وأن البراءة أو البراءات التي استظهر بها المطلوب إنما هي من ذلك فلا يكون شيء من ذلك براءة للمطلوب من ذكر الحق. انتهى. وهذا إذا لم يكن في البراءة المتأخرة أنه لم يبق له قبله حق، وأن هذا آخر حق له قبله، فإن كان فيها ذلك كان القول قول المطلوب بيمين إن لم يعلم التاريخ على قول ابن القاسم، ودون يمين إن كان ذكر الحق الذي بيد الطالب تاريخه مقدما على تاريخ البراءة التي فيها ذلك بلا خلاف كما تقدم، وقال في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل عن الرجل يأتي بذكر

نص خليل ....

الحديث ....

[2767] *- في المطبوع واحد وما بين المعقوفين من يحيى.

[2768] *- في البيان ج10 ص489 كفاف ذكر الحق.

[2769] *- في البيان ج10 ص489 كانت.

متن الحطاب

حق فيه شهود على رجل بمائة دينار، ويأتي المطلوب ببراءة دفعها إليه لا يدري شهودها أكانت قبل ذلك الذكر بحق أو بعده ليس فيها تاريخ؟ قال: يحلف ويبرأ يعني صاحب البراءة. قلت: يعني يحلف أنه قضاء لذلك الحق ويبرأ، وقاله أصبغ، وهذا هو القضاء، وصوابه ولا يجعل له مالين كما لو كان للحق تاريخ والبراءة بعده بمال دفعه وادعى صاحب الحق أنه غيره لم يقبل قوله، [وحلف[2770]] الآخر [أنه[2771]] [هو برئ.[2772]] وسئل عن رجل أتى بذكر حق على رجل فيه ألف دينار، فأتى المشهود عليه ببراءته بألفي دينار فزعم أن تلك الألف دخلت في هذه المحاسبة والقضاء وأتى ببراءات متفرقة إذا اجتمعت استوت مع الذكر الحق أو الذكورات الحق أو كانت أكثر أو أقل، وليس من ذلك شيء منسوب ليس فيه شيء يشبه أن يكون من الذكورات الحق ولا غير ذلك، ويقول في الأكثر قد دخل فيه عند الحساب والقضاء مع غيره فرأى ذلك كله سواء، وأنه له براءة، ويحلف في ذلك إن ادعى الآخر غير ذلك، وقاله [لي[2773]] لفظا ثابتا ويتم له بقية الذكورات إذا كانت البراءات أقل من ذلك. قال: وهو أحب إلي، وهو الذي أرى وأستحسن.

237 قال أصبغ: رددتها عليه مرة بعد مرة فثبت على ذلك. قال أصبغ: كله باب واحد/ وهو كالطلاق وللطلاق تفسير. قال ابن رشد: مساواته في هذه الروايات بين أن تكون البراءة الواحدة أو البراءات أقل من ذكر الحق أو أكثر فإنها براءة للمطلوب هو المشهور في المذهب الأظهر من الأقوال، وقد قيل إنها لا تكون له براءة، وهو قول ابن نافع في سماع يحيى من الدعوى والصلح، وذلك إذا كانت بينهما مخالطة، وأما إن لم تكن بينهما مخالطة فلا اختلاف في أنها تكون له براءة. انتهى. ثم تكلم على قوله: "وهو كالطلاق" الخ ونقلت كلامه في باب الرجعة فراجعه. واستظهار ابن رشد هنا للقول الأول، خلاف ما تقدم له في سماع أبي زيد من الشهادات من استظهار قول ابن نافع، فلعله رجع إلى استظهار القول الأول لأن كلامه هنا متأخر عن ذلك، وصرح هنا بأن الأول هو المشهور، وما أشار إليه ابن رشد في كلامه المتقدم في سماع أشهب من الوديعة هو في رسم الأقضية، ونصه: وسئل مالك فقيل له كانت لي عند رجل ثلاثة وعشرون دينارا وديعة فكنت آخذ منه الشيء بعد الشيء حتى بقيت لي عنده ثمانية عشر فسألته إياها، فقال دفعتها في بعض حاجتي ولكن اكتبها علي فكتبتها عليه بالشهود والبينة مؤرخة، فغبت ثم رجعت فتقاضيته إياها فجاء ببراءة مكتوب فيها براءة لفلان بن فلان من أربعة دنانير ليست الأربعة مؤرخة ولا منسوبة من الثمانية عشر ولا من الثلاثة والعشرين، فهو يقول من الثمانية عشر وأقول من الثلاثة والعشرين التي كانت لي عليك قبل أن أكتب عليك الثمانية عشر فقال أيقر لك بأنه قد كان لك عليه ثلاثة وعشرون؟ فقال لا. فأطرق طويلا ثم قال: إن أقمت البينة أنه قد كانت عليه ثلاثة وعشرون دينارا حلفت بالله ما هذه البراءة من الثمانية عشر وكانت لك عليه. ابن رشد، وهذا كما قال

نص خليل ....

الحديث ....

[2770] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 236 وم88 ويحيى108 والشيخ189.
[2771] – في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 236 وم88 ويحيى108 والشيخ189.
[2772] *– في المطبوع هو بريء وما بين المعقوفين من م88 وسيد41 والشيخ189 والبيان ج10 ص527.
[2773] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 236 ويحيى108 والشيخ189.

متن الحطاب

إنه إذا أقر أنه كانت له عليه ثلاثة وعشرون أو أقام عليه بذلك البينة كان القول قوله أن البراءة ليست من الثمانية عشر وأنها من الثلاثة والعشرين، ولو لم يقر بذلك ولا قامت عليه به بينة لكان القول قول المطلوب أنها من الثمانية عشر باتفاق إن لم يكن بينهما مخالطة، وقال في النوادر في كتاب الإقرار في الترجمة التي بعد ترجمة الإقرار بالمجهول: قال ابن المواز: وإذا دفع إليه خمسين دينارا وكتب له أن ذلك آخر حق له قِبَلَه ثم قام عليه بحق فقال هو بعد البراءة وقال الآخر قبلها [فكل ما[2774]] أشكل من هذا أهو قبل البراءة أم بعدها فلا يقضى به، وكذلك لو أخرج هذا ذكر حق لا تاريخ فيه وبيد الآخر براءة لا تاريخ فيها فالبراءة أحق، وإن كان في أحدهما تاريخ حكم بالذي فيه التاريخ وبطل الآخر. انتهى. والله أعلم.

فتحصل من هذه النصوص أنه إن كان الحق الذي يقوم به قبل تاريخ البراءة فلا اختلاف أن القول قول المطلوب بأنه دخل في البراءة كما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب المديان وفي غير موضع، وظاهر كلامه أيضا أنه لا يلزمه يمين ولو ادعى عليه أنه نسيه أو غلط كما تقدم عن النوادر، ونقل ابن بطال في باب جامع في الأيمان من مقنعه كلام النوادر برمته وقبله، ورأيت مكتوبا على هامش نسخته التي [بيدي[2775]] ما صورته: في هذا خلاف في لحوق اليمين وبلحوقها العمل. انظر نوازل ابن الحاج والمفيد والفتحونية فانظره، وما ذكره ابن رشد والمصنف من أنه لا يقبل دعواه بعد البراءة هو المعروف من المذهب، وما ذكره ابن عات في ترجمة مبارأة الوصي فهو بعيد، وأما إن كان الحق الذي يقوم به لم يتحقق أنه بعد تاريخ البراءة بل أشكل أمره أكان قبلها أو بعدها إما لكونهما مؤرخين بشهر واحد أو عاريين من التاريخ أو أحدهما مؤرخ والآخر غير مؤرخ فلا يخلو إما أن يتحقق الطالب أنه بعد البراءة أو يقول لا علم لي، فإن حقق أنه بعد البراءة ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن القول قول المطلوب مع يمينه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وابن وهب وغيرهما.

238

قال ابن رشد في رسم الكراء/ والأقضية من كتاب المديان: وهو المشهور في المذهب، والأظهر من الأقوال كما تقدم، والثاني أن القول قول الطالب مع يمينه وهو قول ابن نافع، واستظهره ابن رشد أيضا في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات كما تقدم أيضا، والثالث تفرقة سحنون بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق جميع العدد فيكون القول قول المطلوب أو يأتي ببراءات متفرقة إذا جمعت كانت مثل الحق أو أكثر أو أقل فلا يبرأ. قال ابن رشد في نوازل سحنون: وهذه تفرقة ضعيفة لا وجه لها كما تقدم أيضا، وهذا إذا كانت بينهما مخالطة، وأما إذا لم [تكن[2776]] بينهما مخالطة فالقول قول المطلوب قولا واحدا. قاله ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الشهادات كما تقدم، وأما إن لم يحقق الطالب أن الحق الذي قام به بعد البراءة وإنما قال لا علم لي فالقول قول المطلوب، ولم يحك ابن رشد فيه خلافا كما تقدم، وإنما حكى الخلاف في وجوب اليمين عليه وإجرائه على الخلاف في يمين التهمة. قاله في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب المديان.

الحديث

2774 *- في المطبوع فكلما وما بين المعقوفين من الشيخ190 وسيد41.
2775 *- في المطبوع بيده وما بين المعقوفين من يحيى109 وم88 والشيخ190 وسيد41.
2776 *- في المطبوع يكن وما بين المعقوفين من م88 ويحيى109 وسيد41 والشيخ190.

نص خليل **فصل إِنَّمَا يَسْتَلْحِقُ الأَبُ مَجْهُولَ النَّسَبِ إن لَّمْ يُكَذِّبْهُ الْعَقْلُ لِصِغَرِهِ أو الْعَادَةُ.**

متن الحطاب **تنبيهان: الأول**: علم مما تقدم أن قول المصنف: "لا تقبل دعواه وإن بصك" شامل لما علم أنه قبل تاريخ البراءة ولما جهل، وأن القول في ذلك قول المطلوب، يريد مع يمينه إذا جهل التاريخ كما صرح به ابن رشد في الرسم الثاني من سماع ابن القاسم من كتاب المديان، وفي رسم الأقضية من سماع يحيى من كتاب الدعوى والصلح وغيرهما: وأما إذا علم أنه قبل تاريخ البراءة ففي لحوق اليمين ما تقدم عن النوادر وابن رشد، وما رأيته على هامش النسخة التي [بيدي[2777]] من كتاب [المقنع لابن[2778]] بطال.

الثاني: ذكر ابن غازي رحمه الله استظهار ابن رشد لقول ابن نافع فقط، ولم يذكر تشهيره للقول الذي مشى عليه المؤلف واستظهاره إياه، مع أنه قول ابن القاسم وابن وهب وغيرهما فلذلك اعتمده المصنف، وكأن ابن غازي لم يقف على الكلام الثاني. والله أعلم.

الاستلحاق:

قال ابن عرفة: هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره. فيخرج قوله هذا أبي وهذا أبو فلان. انتهى.

ص: فصل إنما يستلحق الأب مجهول النسب ش: أتى بأداة الحصر لينبه أن الاستلحاق لا يصح إلا من الأب فقط، وهذا هو المشهور، وحكى الباجي وغيره عن أشهب أن الجد يستلحق، وتأوله ابن رشد بما سيأتي، فإنه قال في المسألة الثانية من نوازل أصبغ من كتاب الاستلحاق: قلت: فإن استلحق ولَدَ وَلَدٍ فقال هذا ابن ابني وابنه ميت هل يلحق به إذا كان له وارث معروف كما يلحق به ابنه لصلبه؟ قال: لا لأن ولد الولد [في[2779]] هذا بمنزلة الأخ، والعصبة [والمولى[2780]] لا يجوز استلحاقه إذا كان له وارث معروف، وذلك [أن ابنه لو كان[2781]] حيا فأنكر أن يكون ابنه لم يكن للجد أن يستلحقه. ابن رشد: هذا كما قال إنه لا يجوز للرجل أن يلحق بولده ولدا هو له منكر، وقيل إذا استلحق الجد ولدَ ولدِهِ لحق به. حكاه التونسي وليس بصحيح إلا على ما يذكره، فإن قال هذا ابن ولدي أو ولدُ ابني لم يصدق، وإن قال أبو هذا ابني أو والد هذا ابني صدق، والأصل في هذا أن الرجل إنما يصدق في إلحاق ولد بفراشه لا في إلحاقه بفراش غيره، وهذا لا ينبغي أن يختلف فيه. اهـ. ونحوه في نوازل سحنون، ونقله ابن عرفة، وزاد بعده: قلت: قال الباجي: قال مالك في كتاب ابن سحنون: لا يصح استلحاق الجد، ولا يصح إلا من الأب. سحنون: ما علمت فيه خلافا، وقال أشهب يستلحق الأب والجد.

239 انتهى. ونقل كلام الباجي كالمنكت به/ على ابن رشد، وخرج بأداة الحصر استلحاق الأم. قال ابن عرفة: واستلحاق الأم لغو، وفي نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق في رجل له امرأة وله ولد فتزعم

الحديث ....

2777 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى109 وم89.

2778 - في المطبوع كتاب ابن بطال وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 وم89 ويحيى109 وسيد41 والشيخ191.

2779 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م89 ويحيى109 وسيد42 والشيخ191 والبيان ج14 ص290.

2780 *- في المطبوع ولا ولي وفي ذي ص238 والشيخ191 والولي وما بين المعقوفين من م89 ويحيى109 وسيد42 والبيان ج14 ص290.

2781 *- وعبارة البيان ج14 ص290 أن ابنه الذي زعم أن هذا ولده لو كان حيا.

نص خليل ....

متن الحطاب

المرأة أن الغلام ولدها من زوج غيره، ويزعم الرجل أن الغلام ولده من امرأة غيرها أنه يلحق بالزوج، ولا يقبل قول المرأة. ابن رشد: لا اختلاف أعلمه أن المرأة لا يجوز لها استلحاق ولدها، بخلاف الأب؛ لأن الولد ينتسب إلى أبيه لا إلى أمه، ولولا ما أحكم الشرع لكان نسبته إلى أمه أولى، لأنها أخص به من أبيه لأنهما اشتركا في الماء واختصت بالحمل والوضع. انتهى. وقال ابن عرفة: وفي القذف منها إن نظرت امرأة إلى رجل وقالت ابني ومثله يولد لها وصدقها لم يثبت نسبه منها، إذ ليس هنا أب يلحق به، وفي الولاء منها إن جاءت امرأة بغلام مفصول ادعت أنه ولدها لم يلحق بها في ميراث، ولا يحد من افترى عليها به. انتهى. وقوله: "مجهول النسب" هو أيضا مما دخلت عليه أداة الحصر؛ أي إنما يصح استلحاق الأب ولدا مجهول النسب، أما من كان نسبه معلوما فلا يصح استلحاقه. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: ومما يعرف به كذبه أن يكون لهم أب معروف أو هم من المحمولين من بلد يعلم أنه لم يدخله قط كالزنج والصقالبة، أو تقوم بينة أن أم هذا الصبي لم تزل زوجة لغير هذا المدعي حتى ماتت، فإن قالوا لم تزل ملكا لغيره فلا أدري ما هذا، ولعله تزوجها. انتهى. قال في تهذيب الطالب: قال بعض أشياخنا: إذا قامت بينة أن أم الصبي لم تزل زوجة لفلان وجب الحد على هذا المدعي، وكذلك [نحا[2782]] بعض شيوخنا إذا عرف للولد نسب وادعاه رجل أنه يحد المدعي، وكأنه نفاه من نسبه، وفي هذا عندي نظر. انتهى. وقال أبو الحسن في [مسألة[2783]] التي قامت البينة إنها لم تزل زوجة لغيره، ويحد حد القذف لأنه نفاه من نسبه. انتهى. وهو ظاهر.

تنبيه: ثم قال في المدونة: وإن استلحق محمولا من بلدة دخلها لحق به، وهذا ينبني على أمر اختلف فيه هل يعتبر شرطا في الاستلحاق أم لا؟ وهو أن يعلم تقدم ملك أم هذا الولد أو نكاحها لهذا المقر. قال سحنون: يعتبر. قال ابن عبد السلام: وهو قول لابن القاسم، والمشهور أن ذلك لا يعتبر وهو ظاهر ما في المدونة، وهو الأظهر في النظر، لأنهم اعتبروا في هذا الباب الإمكان وحده ما لم يقم دليل على كذب المقر. انتهى كلام ابن عبد السلام. وقال أبو الحسن في قوله في المدونة: "من بلد يعلم أنه لم يدخله قط" في بعض الروايات لا يعلم أنه دخله قط، وعليها اختصرها ابن يونس، فعلى رواية البراذعي يكون محمولا على الصدق مع الإشكال، وعلى رواية ابن يونس يكون محمولا على غير الصدق. والله أعلم.

قلت: وكلامه في المدونة صريح في أنه لا يشترط علم ذلك. قال فيها: ومن استلحق ولدا لا يعرف له نسب لحق به، وإن لم يعرف أنه ملك أمه بشراء أو نكاح، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته لحقا به إلا أن يتبين كذبه في ذلك كله فلا يلحق به، ثم قال: ومما يعرف به كذبه أن يكون له أب معروف الخ ما تقدم، فحاصله أن سحنونا يشترط علم تقدم النكاح أو التسري وابن القاسم لا يشترطه، أما لو فرض أنه علم أنه لم يقع منه نكاح ولا تسر أبدا لم يلحق به، وهذا داخل في قول المؤلف: "لم يكذبه العقل"؛ لأن من علم منه عدمهما يستحيل منه الولد عقلا، لكن العلم بعدم النكاح والتسري عسير. والله أعلم.

الحديث ....

[2782] – في المطبوع عن وهي نسخة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 239 وم89 ويحيى110 والشيخ192.

[2783] *– في المطبوع المسألة وما بين المعقوفين من سيد42 والشيخ120 وم89.

نص خليل

إن لَّمْ يَكُنْ رِقًّا لِمُكَذِّبِهِ أَوْ مَوْلًى لَكِنَّهُ يُلْحَقُ بِهِ.

متن الحطاب 240

ص: ولم يكن رقا لمكذبه أو مولى لكنه يلحق به ش: كذا في النسخ التي رأيناها، وهو كلام متدافع؛ لأن/ أول الكلام يقتضي أن شرط الاستلحاق أن لا يكون المستلحق رقا [لمن[2784]] يكذب المستلحق أو مولى له، وأنه إن كان كذلك لم يصح الاستلحاق، وقوله آخرا: [لكنه يلحق[2785]] به مناقض فلا يصح حمله على قول ابن القاسم في المدونة، ولا على قول أشهب. قال ابن القاسم في المدونة في كتاب أمهات الأولاد: ومن استلحق صبيا في ملك غيره [أو[2786]] بعد أن أعتقه غيره لم يصدق إذا كذبه الحائز لرقه [أو[2787]] ولائه ولا يرثه إلا ببينة تثبت. أبو الحسن: هذا هو الوجه الثالث لابن يونس، ويشير إلى قول ابن يونس: [استلحاق[2788]] الولد عند ابن القاسم على ثلاثة وجوه: وهو أن يستلحق ولدا ولد عنده من أمته أو ولد له بعد أن باعها بمثل ما تلحق فيه الأنساب ولم يطلبه المبتاع ولا زوج ولا تبين كذبه فهذا يلحق به بلا خلاف، والثاني أن يستلحق ولدا لم يولد عنده ولا علم أنه ملك أمه بشراء ولا نكاح فهذا يلحق به عند ابن القاسم إذا لم يتبين كذبه، ولا يلحق به عند سحنون، والثالث أن يستلحق ولدا ولد في ملك غيره أو [بعد[2789]] أن أعتقه غيره فهذا لا يلحق به عند ابن القاسم.

وقال أشهب: يلحق به ويكون ابنا له ومولى لمن أعتقه أو عبدا لمن ملكه. انتهى. والصواب حذف قول المصنف: "لكنه يلحق به" ليكون جاريا على قول ابن القاسم في المدونة: أو عدم اشتراط ما ذكر وأن يلحق بمن استلحقه مع بقاء رقه وولائه لحائزهما ليكون جاريا على قول أشهب كما نقله ابن يونس عنه، بل وقع لابن القاسم أيضا في أول سماع عيسى من كتاب الاستلحاق نحوه، وقال ابن رشد: هو الصحيح، إذ لا يمتنع أن يكون ولدا للمقر به المستلحق له وعبدا للذي هو في يده، وقال إنه خلاف ما في كتاب أمهات الأولاد من المدونة، ونص كلامه: قال عيسى: قال ابن القاسم في القوم من أهل الحرب يسلمون جماعة ويستلحقون أولادا من زنا؟ قال: إذا كانوا أحرارا ولم يدعهم أحد لفراشه [فهم ولده ويلحقون به،[2790]] وقد ناط عمر بن الخطاب رضي الله عنه من ولد في الجاهلية [بمن[2791]] ادعاهم في الإسلام، إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة؛ لأنه قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {الولد للفراش وللعاهر الحجر1} فإذا ادعاه مع سيد الأمة أو زوج الحرة فهو أحق.

قلت: والنصارى يسلمون فيدعون أولادا من زنا كانوا في نصرانيتهم؟ قال: يلحقون بهم لأنهم يستحلون في دينهم الزنا وغيره.

الحديث

1- عن عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة فلم تره سودة قط، البخاري الجامع الصحيح، كتاب البيوع، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2218.

2784 - في المطبوع لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 وم89 ويحيى110 والشيخ192.

2785 - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 وم89 والشيخ192.

2786 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص240.

2787 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص240.

2788 - في المطبوع استحقاق وما بين المعقوفين من ن ذي ص 240 وم89 ويحيى110 والشيخ192.

2789 - في المطبوع بعده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 وم89 ويحيى110 والشيخ193.

2790 - في المطبوع فإنهم يلحقون به وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 (وم90 فهم ولدهم ويلحقهم) ويحيى110 والشيخ193 (فهم ولدهم ويلحق به الولد).

2791 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 وم90 ويحيى110 والشيخ193.

نص خليل وَفِيهَا أَيْضًا يُصَدَّقُ وَإِنْ أَعْتَقَهُ مُشْتَرِيهِ إن لَّمْ يُسْتَدَلَّ عَلَى كَذِبِهِ وَإِنْ كَبِرَ أَوْ مَاتَ.

متن الحطاب **قلت:** فإن استلحق رجل منهم ولد أمة مسلم أو نصراني؟ قال: إذًا أَلْحِقَهُ به فإن عتق يوما ما كان [ولده وورثه.[2792]] قال محمد بن رشد: قوله في أول هذه المسألة: "قال إذا كانوا أحرارا ولم يدعهم [أحد[2793]]لفراش فهم ولده" يدل على أنهم إذا كانوا عبيدا لا يلحقون به وإن لم يدعهم أحد لفراشٍ، وقد وقع مثل هذا في كتاب أمهات الأولاد من المدونة، وهو خلاف قوله في آخر المسألة إذًا ألحِقه فإن [عتق[2794]] يوما ما كان ولده وورثه، وهذا الذي قاله في آخر المسألة هو الصحيح؛ إذ لا يمتنع أن يكون ولدا للمقر به المستلحق له وعبدا للذي هو في يده، [وفي قوله[2795]]: إذا ألحقه به فإن عَتَقَ [الخ تجاوز في اللفظ بتقديم[2796]]وتأخير، وحقيقته إذا [ألحقه[2797]] به ويكون ولده فإن عتق يوما ورثه. وبالله التوفيق. انتهى بلفظه. وفي قوله: لأنهم يستحلون في دينهم الزنا. دليل [على أنهم لو كانوا[2798]] ممن لا يستحلون الزنا لا يلحق بهم وهو كذلك، وقد نقله ابن عرفة إثر هذه المسألة، ونصه: أبو عمر: كان عمر ينيط أولاد الجاهلية بمن استلحقهم إذا لم يكن هناك فراش؛ لأن أكثر فعل الجاهلية كان كذلك، وأما اليوم في الإسلام فلا يلحق ولد الزنا بمدعيه عند أحد من العلماء، كان هناك فراش أم لا. الباجي: كان النكاح في الجاهلية على أربعة أضرب: الأول الاستبضاع؛ وهو أن يعجب الرجل نجابة الرجل [ونبله[2799]] فيأمر من

241 تكون له من أمة أو حرة أن تبيح له نفسها فإذا حملت منه رجع هو إلى وطئها حرصا [على/ نجابة[2800]] الولد، والثاني أن تكون المرأة لا زوج لها فيغشاها جماعة، فإذا حملت دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلحق به ولا يمكنه الامتناع، والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن فيغشاها من شاء، فإن استمر بها حمل قالت لأحدهم هو منك فيلحق به، والرابع النكاح الصحيح أبطل الإسلام الثلاثة المتقدمة. انتهى.

تنبيه: لم يشرح الشارحان قول المؤلف: "لكنه يلحق به" وأما ابن غازي فقال: ظاهر هذا الاستدراك أنه يلحق به مع بقاء رقه أو ولائه لحائزهما، وهذا لا يقوله ابن القاسم هنا، وإنما نسبه ابن يونس لأشهب، ثم ذكر كلامه المتقدم ثم قال: نعم قال ابن القاسم: نحو هذا في المدونة في المسألة الآتية فيمن ابتاع أمة فولدت عنده، فادعى البائع بعد عتق المبتاع الأم والولد قال هناك ألحقت به نسب الولد ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما. قال أبو الحسن الصغير: الفرق بينهما أنه في الأول لم يملك أمه فليس معه قرينة تصدقه بخلاف هذه، وفي بعض نسخ هذا المختصر فإنه لا يلحق به وهو كالحشو. اهـ.

ص: وفيها أيضا يصدق وإن أعتقه مشتريه إن لم يستدل على كذبه ش: قال في المدونة بعد نصها المتقدم في المسألة الأولى: قيل لابن القاسم في باب آخر أرأيت من باع صبيا ولد عنده فأعتقه

الحديث ....

2792 – في المطبوع ولدها وورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 وفي م90 ويحيى110 وسيد42 والشيخ193 ولده ووارثه.

2793 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد42 والشيخ193 وم90.

2794 *– في المطبوع أعتقه وما بين المعقوفين من سيد42.

2795 *– في المطبوع وقوله وما بين المعقوفين من م90 وسيد42 والشيخ193 والبيان ج14 ص240.

2796 *– في المطبوع يجوز أن يكون في اللفظ تقديم وما بين المعقوفين من سيد42 والشيخ193 والبيان ج14 ص240.

2797 *– في المطبوع ألحق وما بين المعقوفين من م90 وسيد42 والبيان ج14 ص240.

2798 *– في المطبوع على أنه لو كان وفي م90 والشيخ193 على أنه لو كانوا وما بين المعقوفين من سيد42 وفي يحيى111 دليل أنهم لو كانوا.

2799 – في المطبوع وسلبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 240 ويحيى111 وم90 والشيخ193.

2800 – في المطبوع حرصا على الطريقة التي مال إليها بن حيث قال الذي يفيده كلام الأئمة الخلاف إنما هو في النطق لا في نجابة وما بين المعقوفين من ن عدود ص240.

نص خليل ....

متن الحطاب

المبتاع ثم استلحقه البائع أتقبل دعواه وينقض البيع فيه والعتق؟ قال: إن لم يتبين كذب البائع فالقول قوله. قال ابن يونس: قال سحنون: هذه المسألة أعدل قوله في هذا الأصل. انتهى. فظاهر هذا أنه مخالف لنصها المتقدم أي في أمهات الأولاد في قولها: ومن استلحق صبيا في ملك غيره وبعد أن أعتقه غيره الخ وكلام المصنف يقتضي أنه حمله على الخلاف، وهو المفهوم من كلام ابن عرفة، فإنه قال: ولو استلحقه بائعه بعد أن أعتقه مشتريه فقال ابن القاسم في أول الباب: إن كذبه من أعتقه لم يصدق. وقال بعده: إن لم يتبين كذب البائع قبل قوله وهو قول غيره وهو أشهب، ورجحه سحنون وقال هو أعدل قوله. انتهى. وفرق أبو الحسن بينهما بأنه في الأولى لم يملك أمه فليس معه قرينة تصدقه، بخلاف هذه. اهـ. وهذه التفرقة غير ظاهرة لما سيأتي ولو فرق بينهما بأن الأولى لم يدخل العبد في ملكه، والثانية كان في ملكه كان أبين، فإن جميع المسائل الآتية التي قال فيها في المدونة إنه يلحق به كان العبد أو أمه في ملكه فتأمله.

والظاهر حمله على الخلاف، وهو المفهوم من كلام الرجراجي، والقول الثاني هو الظاهر، وهو الموافق لما سيأتي من كلام المصنف، وهو المأخوذ من أكثر مسائل المدونة قال فيها: ومن باع صبيا ولد عنده أو لم يولد عنده ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به ورد الثمن إلا أن يتبين كذبه. اهـ. فظاهر هذا سواء ملك أمه أو لا، وهذه المسألة هي التي أشار المصنف إليها بقوله: "أو باع ونقض". ثم قال فيها: ومن ابتاع أمة فولدت عنده ما بينه وبين أربع سنين ولم يدعه فادعاه البائع فإنه يلحق به ويرد البيع، وتعود أم ولد له إن لم يتهم فيها، وإن ادعاه بعد عتق المبتاع للأم والولد ألحقت به نسب الولد ولم أزل عن المبتاع ما ثبت له من ولائهما ويرد البائع الثمن، وكذلك إن استلحقه بعد موتهما، ولو عتقت الأم خاصة لم أقبل قوله فيها وقبلته في الولد ولحق به ورد الثمن لإقراره أنه ثمن أم الولد، ولو كان الولد خاصة هو المعتق لثبت الولاء لمعتقه وألحقت الولد بمستلحقه وأخذ الأم إن لم يتهم فيها لدناءتها ورد الثمن، وإن اتهم فيها لم ترد إليه، وكذلك الجواب إذا باع الأمة وهي حامل فولدت عند المبتاع فيما ذكرنا. انتهى.

وهذه المسألة هي التي أشار إليها المصنف بقوله: "وإن باعها فولدت فاستلحقه الخ" [وقول[2801]] المصنف: "ولحق به الولد مطلقا" أي سواء أعتق الأم والولد أو لم يعتقهما أو أعتق أحدهما دون الآخر إلا أن قوله في المدونة في هذه المسألة: [ألحقت[2802]] به نسب الولد ولم أزل عن البائع ما ثبت له من ولائهما خلاف قوله في المسألة الأولى إنه ينقض البيع والعتق./ فتحصل من هذا أنه إذا استلحق من هو في ملك غيره أو ولائه هل يصدق ويلحق به أو لا؟ قولان، وعلى القول بتصديقه، وهو الظاهر، فإن كان [المستلحق لم[2803]] يدخل في ملكه فإنه يبقى في ملك مالكه كما تقدم عن ابن رشد في سماع عيسى، وإن كان هو البائع له فإنه يلحق به وينقض البيع إن كان المشتري لم يعتقه، وإن أعتقه المشتري فهل ينقض البيع والعتق أولا؟ قولان، ويظهر من كلام ابن رشد ترجيح القول بنقض البيع والعتق، فإنه قال في آخر نوازل سحنون: وإذا استلحق الولد الذي

242

الحديث ....

[2801] *- في المطبوع وهو قول وما بين المعقوفين من م90 وسيد42 والشيخ194.

[2802] *- في المطبوع ألحقنا وما بين المعقوفين من م90 وسيد42 ويحيى111 والشيخ194.

[2803] - في المطبوع من ملك غيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 242 وم90 ويحيى111 والشيخ195.

نص خليل وَوَرِثَهُ إِنْ وَرِثَهُ ابْنٌ أَوْ بَاعَهُ وَنُقِضَ.

متن الحطاب باع أمه وكان ولد عنده ولم يكن له نسب وهو حي فلا اختلاف أنه يلحق به ويفسخ البيع فيه ويرد إليه ولدا و[أمه أم[2804]] ولد وإن كان الولد قد أعتق وينقض العتق، وقيل إنه لا [ينتقض.[2805]] اهـ. ولابن رشد كلام يأتي عند قول المصنف: "وإن اشترى مستلحقه".

ص: وورثه إن ورثه ابن ش: ظاهره أن هذا الشرط إنما هو في إرثه منه، وأما النسب فلاحق به، وهو كذلك كما صرح به أبو الحسن في كتاب اللعان، وذكر ابن عرفة في كتاب اللعان في ذلك خلافا، وظاهر كلام المصنف أنه إنما يرثه إذا ورثه ابن ذكر وأنه إذا [ورثته[2806]] بنت أو غيرها لم يرثه، وهو خلاف ما تقدم له في اللعان فإنه قال: وورث المستلحق الميت إن كان له ولد أو لم يكن له وقل المال، وما قاله في اللعان هو الموافق لما في المدونة وأبي الحسن في كتاب اللعان، ونص ما في المدونة: ومن نفى ولدا بلعان ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مال فإن كان لولده ولد ضرب الحد ولحق به، وإن لم يترك ولدا لم يقبل قوله، لأنه يتهم في ميراثه وحد ولا يرثه. انتهى.

قال أبو الحسن: قال فضل بن مسلمة: إلا أن يكون المال يسيرا. قال غيره أو يكون ولده عبدا، وهذا إنما هو في الميراث وأما النسب فلاَحِقٌ، لأن إلحاق النسب ينفي كل تهمة. الشيخ: وكان ينبغي على هذا أن يرث ولكن سبق النفي إلى هذا الولد. انتهى. وقال ابن عرفة في باب اللعان بعد نقله كلام المدونة: ظاهر كلامه المتقدم ولو كان الولد بنتا، وذكر بعض المغاربة عن أحمد بن خالد أنه قال: إن كان الولد بنتا لم يرث معها بخلاف إقرار المريض لصديق ملاطف إن ترك بنتا صح إقراره لأنه ينقص قدر إرثها. ابن حارث: اتفقوا فيمن لاعن ونفى الولد ثم مات الولد عن مال وولد فأقر الملاعن به أنه يلحق به ويحد وإن لم يترك ولدا لم يلحق به، واختلف في الميراث فقول ابن القاسم فيها يدل على وجوب الميراث، وهو قوله: إن لم يترك ولدا لم يقبل قوله لتهمته في الإرث، وإن ترك ولدا قبل قوله لأنه نسب يلحق به، وروى البرقي عن أشهب أن الميراث قد ترك لمن ترك ولا يجب له ميراث وإن ترك ولدا، وذكر أبو إبراهيم عن فضل إن كان المال يسيرا قبل قوله. ثم قال: وما ذكره ابن حارث من الاتفاق على عدم استلحاقه إن كان الولد قد مات مثله لابن المواز وابن القاسم وأصبغ، وقال أبو إبراهيم وغيره من الفاسيين إنما يتهم إن لم يكن له ولد في ميراثه فقط، وأما نسبه فثابت باعترافه. انتهى.

وقد صرح بذلك في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق، [قال[2807]] في المسألة العاشرة منها: قول سحنون في ابن الملاعنة يهلك ويترك ابنة وعصبة ثم يستلحق الأب ابنة الميت قال: تلحق ابنة الميت بجدها ويرجع الجد على العصبة بالنصف الذي أخذوا من ميراث ولده. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن استلحاقه لابنة الميت الذي لاعن به استلحاق منه [لابنه[2808]] فهي تلحق بجدها، وهي مثل ما في

الحديث ....

[2804] - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 242 وم90 ويحيى111 والشيخ195.

[2805] *- في المطبوع ينقص وما بين المعقوفين من يحيى111 والشيخ199 وفي م90 ينقض.

[2806] *- في المطبوع ورثه وما بين المعقوفين من يحيى111.

[2807] *- في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من سيد42 والشيخ195 وم91.

[2808] - في المطبوع لابنته وم91 والشيخ195 وهو الذي في مطبوعة البيان ج14 ص276 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 242 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب وجاء في مطبوعة البيان على الخطإ كما يتبين مما بعده.

نص خليل وَرَجَعَ بِنَفَقَتِهِ إن لَّمْ تَكُنْ لَهُ خِدْمَةٌ عَلَى الأَرْجَحِ وَإن ادَّعَى اسْتِيلاَدَهَا بِسَابِقٍ فَقَوْلاَنِ فِيهَا وَإِنْ بَاعَهَا فَوَلَدَتْ فَاسْتَلْحَقَهُ لَحِقَ وَلَمْ يُصَدَّقْ فِيهَا إن اتُّهِمَ بِمَحَبَّةٍ أَوْ عَدَمِ ثَمَنٍ أو وَّجَاهَةٍ وَرَدَّ ثَمَنَهَا وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ مُطْلَقًا وَإن اشْتَرَى مُسْتَلْحَقَهُ وَالْمِلْكُ لِغَيْرِهِ عَتَقَ.

متن الحطاب المدونة من أن الملاعن له أن يستلحق ولده الذي لاعن به بعد أن مات ولا يتهم على أنه إنما استلحقه ليرثه إذا كان له ولد، فكما لا يتهم مع الولد وإن كان يرث معه السدس فكذلك لا يتهم مع الابنة وإن كان يرث معها النصف، إذ قد يكون مال الذي ترك الولد الذكر كثيرا، فيكون السدس عنده أكثر من نصف مال الذي ترك الابنة. انتهى. فحمل ابن رشد لفظ الولد في المدونة على الذكر، لكنه ساوى بينه وبين الابنة في الحكم، وظاهر كلام ابن غازي في/ باب اللعان أنه لم يقف على كلام ابن رشد هذا، وكذلك ظاهر كلام ابن عرفة. 243

فرع: ولو ورث المستلحق غير الابن والابنة لم يصدق، لأن العلة في ذلك إنما هي أن استلحاقه الميت استلحاق لمن ترك من الأولاد وذلك يرفع التهمة، وقد ذكر بعد هذه المسألة في نوازل سحنون فيمن باع عبدا وأقام عند المشتري حتى جنى عليه جناية مات منها، ثم استلحقه البائع أنه يلحق به ويرث منه إن كان له ولد، فإن كان ولد الميت حرا ورث معه الأب المستلحق حظه من الدية، وإن كان عبدا ورث جميع الدية. قال: لأن استلحاقه لولده بعد موته استلحاق لولد ولده، واستلحاق النسب يرفع التهمة في الميراث. انتهى. واستفيد من هذه المسألة فائدتان: الأولى منهما أن وجود ولد للميت كاف وإن كان محجوبا من الميراث، وهو خلاف ما قاله المصنف في باب اللعان، وقد اعترضه ابن غازي، والثانية أن كلام المدونة المتقدم إنما هو في ابن الملاعنة، وكلام المصنف أعم من ذلك، وما في نوازل ابن سحنون موافق له. والله أعلم.

ص: **ورجع بنفقته إن لم تكن له خدمة على الأرجح** ش: قال في الشامل: وفي رجوع مبتاعه بنفقته، ثالثها الأرجح إن كانت له خدمة لم يرجع، وإلا رجع. انتهى. وفي معين الحكام: مسألة: ويحكم على البائع [بنفقة[2809]] التي اعترف أنه باعها وكسوتها إلى حين ردها لأنه مقر أنه باع منه من لا يجب عليه نفقته. قاله سحنون. وقال أبو الحسن: اللخمي: الظاهر من المذهب أنه لا شيء على البائع من النفقة التي أنفقها المشتري مدة بقائها عنده. انتهى.

ص: **ولم يصدق فيها إن اتهم بمحبة أو عدم ثمن أو وجاهة** ش: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: قوله هذا إلا أن يتهم في الجارية بميل إليها أو زيادة في حالها، أو يكون مغرما فتمضي بما ينوبها من الثمن ويرد الابن بما ينوبه منه ويتبع به دينا في ذمته. انتهى. فقول المصنف: "أو وجاهة" هو الذي أشار إليه ابن رشد بقوله: أو زيادة في حالها، وفي كلام ابن الفرات ما يفهم منه أيضا أن المراد بالوجاهة أن تكون الجارية وجيهة أي جميلة حسنة. والله أعلم.

ص: **وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق** ش: ليس في كلامه رحمه الله ما يدل على أنه يلحق به، وقد صرح في المدونة بأنه يلحق به.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى أنه يعتق عليه مطلقا وليس كذلك، بل إنما يعتق عليه

الحديث ....

[2809] *- في المطبوع وسيد والشيخ بنفقته وما بين المعقوفين من م91.

نص خليل كَشَاهِدٍ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ وَإِن اسْتَلْحَقَ غَيْرَ وَلَدٍ لَمْ يَرِثْهُ إِنْ كَانَ وَارِث وَإِلاَّ فَخِلَاف وَخَصَّهُ الْمُخْتَارُ بِمَا إِذَا لَمْ يَطُلِ الإِقْرَارُ.

متن الحطاب حيث يصح استلحاقه ولو على قول، أما إذا تبين كذبه فلا يعتق عليه. قال في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق في رجل فارسي له غلام هندي قال هو ابني هل يصير حرا؟ قال مالك: ما ادعى من ذلك مما يعتقد الناس أنه ليس بابنه ولا ولده فهو أحق به. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه إذا استلحق من لا يشبه أن يكون ابنه وتبين كذبه فلا يلحق به، وإنما اختلف قول ابن القاسم إذا استلحق من يشبه أن يكون ابنه ولم يعلم ما يدعي من ملكه لأم المستلحق أو تزويجه إياها، فإن عرف ملكه إن كانت أمة أو تزويجه إن كانت حرة، وأتت [به[2810]] لما يشبه أن يكون منه، ولم يَحُزْه غيره بنسب لحق به باتفاق، فوجه يلحق به باتفاق، ووجه لا يلحق به باتفاق، ووجه يختلف في إلحاقه به، وإذا لم يلحق به في الموضع الذي [يتفق فيه أنه لا يلحق به فلا يعتق عليه إن كان عبدا له. قاله سحنون. وإذا لم يلحق به في الموضع الذي[2811]] يختلف في إلحاقه به على القول بأنه لا يلحق به فإنه يعتق عليه إن كان عبدا له. انتهى.

244 ص: **كشاهد ردت شهادته** ش: قال في كتاب الولاء من المدونة: ومن شهد على رجل أنه أعتق/ عبده فردت شهادته، ثم ابتاعه منه أو شهد على أبيه بعد موته أنه أعتق عبدا له في وصية فصار العبد له في قسمه أو [أقر بعد[2812]] أن اشترى عبدا أنه حر أو شهد أن البائع أعتقه والبائع ينكر، أو قال كنت بعت عبدي هذا من فلان فأعتقه وفلان يجحد ذلك فالعبد في ذلك كله حر بالقضاء، وولاؤه لمن زعم أنه أعتقه. انتهى.

ص: **وإن استلحق غير ولد لم يرثه إن لم يك وارث وإلا فخلاف** ش: اعلم أن النسخ اختلفت في

245 قول المصنف: "إن لم يكن وارث" ففي بعض النسخ الصحيحة يكن بلفظ/ المضارع وإسقاط لم وكتب عليها صاحبها إنها كذلك في نسخة مقابلة على خط المصنف، وفي بعض النسخ إن كان وارث وهي صحيحة أيضا موافقة لما قبلها، وهذا هو الموافق للنقل ولما قدمه المصنف في فصل اختلاف الزوجين، وفي بعض النسخ إن لم يك بثبوت لم وهي غير صحيحة لأنها تؤدي عكس المراد، والمعنى على النسخة الصحيحة أن من استلحق غير ولد لم يرث المستلحق الذي هو غير ولد هذا الذي استلحقه إن كان هناك وارث، وإن لم يكن هناك وارث فخلاف هذا الذي فرضه أهل المذهب في صورة هذه المسألة وإن كان ظاهر كلام ابن الحاجب عكس هذا فقد قال ابن عبد السلام: إنما هذا إذا كان المقر ذا مال، ومسألة المؤلف -يعني ابن الحاجب- بالعكس فتأمل ذلك. انتهى. ولكن الذي يظهر أنه لا فرق بينهما لأنه إذا قال هذا أخي وصدقه الآخر فكل منهما قد استلحق غير ولد، ولهذا تركوا الكلام عليها فتأمل ذلك.

تنبيهات: الأول: ظاهر قوله: "وارث" أنه إذا كان له وارث معروف لم يرثه المستلحق وإن كان الوارث

الحديث ....

[2810] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 243 والشيخ196 ويحيى112.

[2811] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 243 وم91 ويحيى112 والشيخ196.

[2812] *- في المطبوع أقر أنه بعد وما بين المعقوفين من م91 ويحيى113 وسيد43 والشيخ296.

نص خليل ....

متن الحطاب المعروف غير محيط بإرثه وليس كذلك، بل الخلاف جار في ذلك أيضا. قال ابن عرفة: إقرار من يعرف له وارث محيط ولو بولاء بوارث لغو اتفاقا، وإن لم يكن له [وارث أو[2813]] كان ولم يحط كذي بنت فقط ففي إعمال إقراره قولان لابن القاسم في سماعه من الاستلحاق مع ابن رشد عن قوله فيها مع غيرها وسحنون في نوازله والباجي عن مالك وجمهور أصحابه وأصبغ وأول قولي سحنون وثانيهما مع أشهب. انتهى. وعلم من هذا قوة القول بالإرث وإن كان المتيطي جعله شاذا؛ لأن ابن عرفة إنما عزا مقابله لقول سحنون الثاني مع أشهب، وعزا القول بالإرث للجماعة المذكورين قبله، وقال في مختصر الحوفي: وبه أفتى ابن عتاب وقال به العمل، وقال المتيطي، وهو شاذ، واستحسنه بعض القرويين في زمانه قائلا: ليس ثم بيت مال. انتهى. ونص المتيطية: فإن كان المعروف النسب ذا فرض لا يستوعب المال فإنه يأخذ فرضه، وما بقي لبيت مال المسلمين عند أهل المدينة، أو رد على الوارث المعروف عند من يذهب إلى الرد، ولا شيء للمقر له إلا في قولة شاذة، وهي [أحد[2814]] قولي ابن القاسم فإنه جعل ما بقي للمقر له إذا كان من العصبة. انتهى.

الثاني: قال ابن عرفة: المعتبر في ثبوت الوارث وعدمه إنما هو يوم موت المقر لا يوم الإقرار. قاله أصبغ في نوازله ولم يحك ابن رشد غيره. انتهى. ويشير إلى قوله في نوازل أصبغ من كتاب الاستلحاق: فإن أقر بأن هذا الرجل وارثه وله ورثة معروفون فلم يمت المقر حتى مات ورثته المعروفون الذين كانوا يدفعون المقر له أيجعل المال لهذا المقر له قال نعم لأنه ليس هناك وارث معروف يدفعه، فكأنه إنما أقر له الساعة ولا وارث له. انتهى.

الثالث: ظاهر كلام المصنف أن الميراث للمقر له على القول به دون يمين وهو كذلك، فإن ابن رشد قال في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق: قد قيل إن الميراث لا يكون إلا بعد يمينه أن ما أقر به المتوفى حق، ويقوم ذلك من كتاب الولاء، وذكر ابن سهل أن مالكا كان يفتي به. نقله عنه ابن عرفة، وحصل في آخر كلامه في ذلك ثلاثة أقوال: يفصل في الثالث بين أن يبين المقر وجه اتصاله بالمقر له في جد معين فلا يمين أو لا يبين ذلك [فتجب[2815]] اليمين، وقال في مختصر الحوفي: وعلى القول بالقبول فعلى المقر له اليمين على حقيقة الإقرار وفاقا لابن العطار وابن مالك، وخلافا لابن عتاب، وأنكر ذلك ثم أفتى فيمن أقرت بابن عم أبيها في عقد ولم يرفع العاقد [نسبهما[2816]] لجد واحد بيمين المقر له.

الرابع: إذا بَيَّنَ [المقِرُّ وجه[2817]] نسبة المقَرِّ به إليه كقوله: هذا أخي شقيق أو لأب أو لأم فواضح، وإن أجمل قال ابن عرفة: ففي ذلك اضطراب. قال ابن رشد: والذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن/ القاسم إذا قال فلان وارثي ولم يفسر حتى مات أن له جميع الميراث إن كان المقر ممن 246

الحديث ....

[2813] – في المطبوع محيط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 245 وم91 ويحيى113 والشيخ197.

[2814] *– في المطبوع إحدى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد43 والشيخ197 وم91.

[2815] *– في المطبوع وسيد43 والشيخ198 فيجب وما بين المعقوفين من م92 ويحيى113.

[2816] *– في المطبوع ويحيى113 وسيد43 نسبها وما بين المعقوفين من الشيخ198.

[2817] *– في المطبوع المقر له وجه وما بين المعقوفين من ن عدود وسيد43 والشيخ198.

نص خليل ....

متن الحطاب يظن به أنه لا يخفى عليه من يرثه ممن لا يرثه، وأما الجاهل الذي لا يعلم من يرثه ممن لا يرثه [فلا يرثه بقوله[2818]] فلان وارثي حتى يقول ابن عمي أو ابن ابن عمي أو مولاي أو أعتقني أو أعتق أبي أو أعتق من أعتقني أو ما أشبه ذلك، وكذا إن قال فلان أخي قاصدا للإشهاد له بالميراث كقوله أشهدكم أن هذا [أخي[2819]] يرثني، أو يقال له هل لك وارث فقال نعم هذا أخي وشبه ذلك، وأما إن قال من غير سبب هذا أخي أو فلان أخي ولم يزد على ذلك فلا يرث من ماله إلا السدس لاحتمال أن يكون أخا لأمه، ولو لم يقل فلان أخي أو هذا أخي وإنما سمعوه يقول يا أخي يا أخي لم يجب له بذلك ميراث، لأن الرجل قد يقول أخي أخي لمن لا قرابة بينه وبينه، إلا أن تطول المدة السنين وكل واحد يدعو صاحبه باسم الأخوة أو العمومة فإنهما يتوارثان. انتهى.

الخامس: فإن مات المقر له في حياة المقر ثم مات المقر وقام أولاد المقر له بهذا الإقرار لم يجب لهم به ميراث المقر، [إذ[2820]] لم يقر إلا للميت إلا أن يُشهد أنه [إن[2821]] لم يكن باقيا في حين موته فولده [الذكور[2822]] بنو ابْن عمه وورثه المحيطون بميراثه. قاله في المتيطية. وذكر ابن عرفة المسألة في الاستلحاق عن ابن سهَل قائلا: أفتى أكثر أهل بطليوس أن الولد يرث المقر، وإن غير واحد من أهل بطليوس وابن مالك وابن عتاب أفتوا بأنه لا يرث. والله أعلم.

السادس: قال ابن رشد في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق: لا يجوز الإقرار بوارث إذا كان له وارث معروف النسب أو ولاء إلا في خمسة مواضع: الإقرار بولد أو ولد ولد أو أب أو جد أو زوجة إذا كان معها ولد، فأما إذا أقر بولد فيلحق به نسبه في الموضع الذي ذكرنا على اتفاق واختلاف، وأما إذا أقر بولد ولد فلا يلحق به إلا أن يقر به الولد فيكون هو مستلحقه أو يكون قد عرف أنه ولده فيكون إنما استلحق هو الولد، وكذلك الولد إذا أقر بأب فلا يلحق به ويرثه إلا إذا أقر به الأب فيكون الأب هو الذي استلحقه، وأما إذا أقر بجد فلا يلحق به إلا أن يقر الجد بابنه ويقر أبوه به فيكون كل واحد منهما قد استلحق ابنه، وأما إذا أقر بزوجة لها ولد أقر به فإقراره بالولد يرفع التهمة بالزوجة فترثه وإن لم تثبت الزوجية ولا عرفت. وبالله التوفيق. انتهى. وانظر كلام ابن سهل وكلام ابن رشد في آخر كتاب الاستلحاق ومختصر الحوفي [لابن عرفة.

السابع: فإن أقر هذا المشهد لآخر أنه وارثه لا وارث له غيره نفذ إقراره الأول وبطل الإقرار الثاني.[2823]] قاله في المتيطية.

الثامن: إذا لم يكن هناك وارث معروف ودفع للمستحق على أحد المشهورين الميراث، ثم جاء شخص

الحديث ....

[2818] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 ويحيى113 والشيخ198.

[2819] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 وم92 والشيخ198.

[2820] – في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 وم92 والشيخ198.

[2821] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 وم92 ويحيى113 والشيخ198.

[2822] *– في المطبوع المذكور وما بين المعقوفين من م92 ويحيى113 وسيد43 والشيخ198.

[2823] *– في المطبوع السابع فإن أقر هذا المشهود الآخر أنه وارثه أو لا وارث له غيره بعد إقراره الأول بطل الآخر أي الإقرار الثاني وما بين المعقوفين من يحيى114 والشيخ198 وسيد43 وأقره الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَإِنْ قَالَ لأَوْلاَدِ أَمَتِهِ أَحَدُهُمْ وَلَدِي عَتَقَ الأَصْغَرُ وَثُلُثَا الأَوْسَطِ وَثلثُ الأَكْبَرِ وَإِن افْتَرَقَتْ أُمَّهَاتُهُمْ فَوَاحِدٌ بِالْقُرْعَةِ وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَة رَجُلٍ وَأَمَة آخَرَ وَاخْتَلَطَا عَيَّنَتْهُ القَافَةُ.

متن الحطاب وأثبت أنه وارث معروف فإنه يأخذ المال من المستلحق المذكور. قاله في الجواهر. والله أعلم.

ص: **وإن قال لأولاد أمته أحدهم ولدي عتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر** ش: هكذا قال سحنون في نوازله من كتاب الاستلحاق، وحصل ابن رشد في شرحها أن الأصغر حر بلا خلاف، وفي الأوسط والأكبر أربعة أقوال: الأول ما [في[2824]] نوازل سحنون، وهو ما ذكره المصنف وقال: هو أضعف الأقوال قال: [لأنا نحيط[2825]] علما أن الميت لم يرد ذلك ولا يحتمله لفظه، والثاني القرعة، والثالث أنهما يعتقان أيضا للشك، وخرجه من المسألة الثانية أعني قوله: "وإن أقر ميت بأن فلانة الخ" واستظهره.

قلت: وظاهر كلام ابن رشد أنه غير منصوص، وقد ذكره في النوادر وابن يونس عن ابن عبد الحكم، والرابع أنه لا يعتق منهما واحد.

فرع: قال في نوازل سحنون ولا يثبت النسب لواحد منهم. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك.

فرع: قال فيها أيضا: ولا ميراث لواحد منهم. قال ابن رشد: فيه نظر، والذي يوجبه النظر عندي أن يكون حظ واحد من الميراث بينهم على القول بأنهم/ يعتقون جميعا على ما قاله في المسألة التي ذكرناها، وهو الصحيح إذ قد صح الميراث لواحد منهم ولا يُدْرَى من هو منهم، فإن ادعاه كل واحد منهم قسم بينهم بعد أيمانهم إن حلفوا جميعا أو نكلوا، وإن حلف بعضهم اختص به دون الناكل، وإن قالوا لا علم عندنا كان الميراث بينهم بعد أن يحلف كل واحد منهم أنه لا يعلم من أراده الميت منهم على الخلاف في لحوق يمين التهمة، وإن عتق بعضهم – يعني على القول به– كان له حظه من الإرث، ويوقف حظ من لم يعتق، فإن عتق أخذه، وإن مات قبل أن يعتق رد إلى الورثة. انتهى مختصرا. والله أعلم. 247

ص: **وإن افترقت أمهاتهم فواحد بالقرعة** ش: قال ابن رشد: ولا يثبت نسب واحد منهم، ويكون الحكم في الميراث على قياس ما تقدم. انتهى. والله أعلم.

ص: **وإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر** [الخ[2826]] ش: هذه المسألة في أول نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق وفرضها كما فرضها المصنف في زوجة رجل وأمة آخر ولا خصوصية لذلك، وقال ابن رشد: المسألة على ثلاثة أوجه؛ أحدها أن يدعي كل واحد منهما صبيا بعينه غير الذي ادعاه صاحبه ويلحقه بنفسه وينفي الآخر عن نفسه، والواجب أن يلحق بكل واحد منهما من ادعاه، والثاني أن يقول كل واحد منهما لا أدري أيهما ولدي، والحكم في ذلك أن تدعى القافة، ولو أرادا في هذا الوجه أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولدا يكون ابنه مع كونه لا يدعي علم ذلك لم يكن لهما ذلك بل تدعى القافة، والوجه الثالث أن يدعيا جميعا صبيا واحدا منهما يقول كل واحد منهما هذا ابني ويتنازعان فيه وينفيان الآخر عنهما قال: والواجب في هذا عندي على أصولهم أن تدعى له

الحديث ....

[2824] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 وم92 ويحيى114 والشيخ198.

[2825] – في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 246 وم92 ويحيى114 والشيخ198.

[2826] – ساقطة من المطبوع ويحيى114 والشيخ199 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 وم92.

نص خليل

وَعَن ابْن الْقَاسِمِ فِيمَنْ وَجَدَت مَعَ ابْنَتِهَا أخْرَى لاَ تُلْحَقُ بِهِ وَاحِدَة مِّنْهُمَا وَإِنَّمَا تَعْتَمِدُ القَافَةُ عَلَى أبٍ لَّمْ يُدْفَن وَإنْ أقَرَّ عَدْلاَن بِثَالِثٍ ثَبَتَ النَّسَبُ وَعَدْلٌ يَحْلِفُ مَعَهُ وَيَرِثُ وَلاَ نَسَبَ وَإلاَّ فَحِصَّةُ الْمُقِرِّ كَالْمَال وَهَذَا أخِي بَلْ هَذَا فَلِلأوَّل نِصْفُ إرْثِ أبِيهِ وَلِلثَّانِي نِصْفُ مَا بَقِيَ وَإنْ تَرَكَ أمًّا وَأخًا فَأقَرَّتْ بِأخٍ فَلَهُ مِنْهَا السُّدُسُ وَإنْ أقَرَّ مَيِّتٌ بِأنَّ فُلاَنَةَ جَارِيَتُهُ وَلَدَتْ مِنْهُ فُلاَنَةَ وَلَهَا ابْنَتَان أيْضًا وَنَسِيَتْهَا الْوَرَثَةُ وَالْبَيِّنَةُ.

متن الحطاب

القافة أيضا إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر عن أنفسهما وقد علم أنه ابن أحدهما والذي ادعياه جميعا ليس أحدهما أولى به من صاحبه. انتهى. ولا يعترض على هذا بأن القافة لا يحكم بها في أولاد الحرائر على المشهور كما ذكره ابن رشد في سماع أشهب من كتاب الاستلحاق وغيره؛ لأن العلة في ذلك هو قوة الفراش في النكاح فيلحق الولد بصاحب الفراش الصحيح دون الفاسد وذلك معدوم [هنا؛[2827]] إذ لا مزية لأحد الفراشين على الآخر لصحتهما جميعا. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل النكاح والطلاق: إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه، وإن ماتا ورثهما معا. انتهى. والله أعلم.

ص: **وعن ابن القاسم فيمن وجدت مع ابنتها أخرى لا تلحق به واحدة** ش: كذا فعل ابن الحاجب لما ذكر المسألة الأولى أتى بعدها بهذه، ونسبها لابن القاسم لكنه زاد بعد قول ابن القاسم، وقال سحنون: القافة. فقال في التوضيح: كأنه أتى بهذا الفرع إثر الأول إشارة إلى التعارض بينهما، فكأنه أشار إلى التخريج؛ يعني تخريج الخلاف من الثانية في الأولى. كذا قال ابن عبد السلام. قال في التوضيح: وهو تخريج ظاهر، والظاهر أنه/ لا فرق بينهما. انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه. والله أعلم.

248

ص: **وإنما تعتمد القافة على أب لم يدفن** ش: تصوره ظاهر. واختلف أيضا في قصر القافة على الولد الحي وعمومها فيه حيا أو ميتا. قال ابن عرفة: وفي قصرها على الولد حيا وعمومها فيه حيا وميتا سماع أصبغ ابنَ القاسم: إن وضعته تماما ميتا لاقافة في الأموات، ونقل الصقلي عن سحنون إن مات بعد وضعه حيا دعي له القافة.

قلت: ويحتمل ردهما إلى وفاق لأن السماع فيمن ولد ميتا وقول سحنون فيمن ولد حيا، ولم أقف لابن رشد على نقل خلاف فيها. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: والمشهور أنه يكتفى بالقائف الواحد، وقيل لا بد من اثنين.

ص: **وإلا فحصة المقر كالمال** ش: أي وإن لم يكن المقر عدلا فإنما يرث هذا المقر به من حصة المقر فقط ولم يبين ما يأخذ منها اعتمادا على ما سيقوله في باب الفرائض حيث يقول: "وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار". قال ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الاستلحاق: وهذا هو المعلوم من قول مالك المشهور من مذهبه أن الوارث إذا أقر بوارث لا يلزمه أن يدفع إليه إلا ما زاد نصيبه في الإنكار على نصيبه في الإقرار، وإن نقص نصيب المقر في الإنكار أو لم يزد على نصيبه في الإقرار مثل أن

الحديث ....

[2827] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 247 وم92 ويحيى114 والشيخ199.

نص خليل

فَإِنْ أقَر بِذَلِكَ الْوَرَثَة فَهُنَّ أَحْرَارٌ وَلَهُنَّ مِيرَاثُ بِنْتٍ وَإِلاَّ لَمْ يَعْتِقَ شَيْءٌ وَإِن اسْتَلْحَقَ وَلَدًا ثمَّ أنْكَرَهُ ثمَّ مَاتَ الْوَلَدُ فَلاَ يَرِثُهُ وَوُقِفَ مَالُهُ فَإِن مَّاتَ فَلِوَرَثَتِهِ وَقُضِيَ بِهِ دَيْنُهُ وَإِنْ قَامَ غُرَمَاؤُهُ وَهُوَ حَيٌّ أَخَذُوهُ.

متن الحطاب

[تقر[2828]] الزوجة بأخ وما أشبه ذلك فلا شيء له، وفي ذلك خلاف في المذهب. انتهى. وهذا الحكم على القول المعروف من المذهب أن إقرار العدل بالوارث كإقرار غير العدل لا يأخذ المقر به إلا من حصة المقر فقط، وهذا إذا كان المقر رشيدا، وأما إن كان سفيها فلا يؤخذ من حصته شيء. والله أعلم.

["كالمال" تشبيه[2829]] في أصل المسألة أي إن شهد عدلان من الورثة بمال في ذمة الميت ثبت، وإن شهد عدل حلف معه وثبت وإن لم يكن عدلا ففي [حصة[2830]] الشاهد. قال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت، وإن شهد لصاحب الدين بذلك واحد من الورثة حلف معه إن كان عدلا واستحق حقه، فإن نكل أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من/ 249 الدين، وإن كان سفيها لم تجز شهادته، ولم يرجع عليه في حصته بشيء. انتهى.

قال أبو الحسن: قال عياض: [قالوا[2831]] ظاهره اشتراط الرشد في العدالة وهو قول أشهب، وأنّ شهادة السفيه لا تجوز ولو كان عدلا في نفسه، وأجازها مالك، وفي كتاب التفليس في باب الشهادة على الميت بدين قبول شهادته وإن كان سفيها، وتكررت هذه المسألة هنا، وفي باب الشركة وفي المديان وفي الوصايا الأول، وهذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه: عدل رشيد يؤخذ منه ويؤخذ بشهادته، عكسه سفيه مسخوط لا يؤخذ منه لأنه سفيه ولا يؤخذ به لأنه مسخوط، عدل سفيه لا يؤخذ منه وهل يؤخذ به؟ قولان، رشيد غير عدل يؤخذ منه ولا يؤخذ به، ولم أر فيه خلافا. انتهى كلام أبي الحسن. والذي مشى عليه المصنف في باب الشهادات أن شهادة السفيه لا تجوز، وقال أبو الحسن: قوله في المدونة: أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من الدين، هذا مذهب ابن القاسم، وأشهب يقول يأخذ جميع دينه من نصيب المقر؛ إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين، بخلاف الوصية على قول أشهب أنه يكون شريكا مع الورثة إذا حلف، وإن نكل كان شريكا للمقر، وهذا في الوصية بالجزء، وأما بالعدد فكالدين. انتهى. وانظر كتاب الوصايا من النوادر وآخر كتاب الإقرار منها فإنه عقد في كل واحد منهما بَابًا لإقرار الوارث بأن [مورثه[2832]] أوصى بكذا أو عليه دين.

ص: فإن أقر بذلك الورثة فهن أحرار ش: يتنزل منزلة إقرار الورثة أن تشهد البينة أنه قال إحدى هؤلاء [الثلاث[2833]] ابنتي ولم يسمها فالشهادة جائزة باتفاق. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق. والله أعلم.

ص: وإن استلحق ولدا ثم أنكره ثم مات الولد فلا يرثه ووقف ماله ش: هكذا قال في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الاستلحاق، وقال ابن رشد: وفي قوله "ووقف" نظر، والواجب أن يكون جميع ميراثه لجماعة المسلمين، لأنه مقر أن هذا المال لهم لا حَقَّ له معهم فيه وهم لا يكذبونه، فلا معنى

الحديث

....

[2828] – في المطبوع تقر وما بين المعقوفين من ن م92 ويحيى115 والشيخ200 ص248.
[2829] *– في المطبوع ص كالمال ش تشبيه وما بين المعقوفين من م93 وسيد43 ويحيى115 والشيخ200.
[2830] – في المطبوع صحة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 248 وم93 ويحيى115 والشيخ200.
[2831] *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في م93 ويحيى115 وسيد43 والشيخ200.
[2832] – في المطبوع صورته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 249 وم93 ويحيى115 والشيخ200.
[2833] – في المطبوع الثلاثة وما بين المعقوفين من الشيخ200 وسيد43.

نص خليل ....

متن الحطاب لتوقيفه؛ إذ لا يصح أن يقبل رجوعه فيه بعد موته برجوعه إلى استلحاق ابنه لأنه قد ثبت لجماعة المسلمين [بثبوته[2834]] على إنكاره إلى أن مات.

تنبيه: فإن مات الأب المستلحق قبل الابن ورثه الابن بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق، ولا يسقط نسبه بإنكاره بعد استلحاقه، ثم إن مات الابن بعد ذلك ورثه عصبته من قبل أبيه المستلحق له. قاله ابن رشد في الرسم المذكور وابن بطال في مقنعه، ونص ابن بطال: وإن مات المستلحق الأب قبل المستلحق ورثه بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق، ولا يلتفت إلى إنكاره بعد الاستلحاق. انتهى. وقوله: "المستلحق الأب" لو قدم الأب فقال الأب المستلحق لكان أوضح.

فرع: قال في المقنع: وإن استلحق الرجل رجلا لحق به نسبا أولاد المستلحق، ومن نفى ولده ثم استلحقه ثبت نسبه منه. انتهى.

فائدتان: الأولى: يجتمع لحوق الولد [والحد[2835]] في خمس مسائل: إحداها الرجل تكون عنده الأمة فتلد منه فيقر بعد الولادة أنه غصبها فيلحق به الولد؛ لأنه يتهم على قطع نسبه ويلزمه الحد. الثانية من اشترى أمة فولدت، ثم استحقت بحرية، فذكر أنه علم أنها كانت حرة ووطئها بعد ذلك فيحد ويلحق به الولد. الثالثة من اشترى جاريتين على أن له الخيار في إحداهما فأقر أنه اختار واحدة، ثم وطيء الأخرى فإنه يحد ويلحق به الولد. الرابعة من اشترى جارية ووطئها فخاصمه ربها فقال ادفع ثمن جاريتي التي بعت منك، فيقول الواطيء إنما تركتها عندي أمانة ووديعة فإنه يحد ويلحق به الولد. الخامسة الرجل يتزوج بأم امرأته عالما بذلك فتلد منه فإنه يحد ويلحق به الولد.

250 انتهى من معين الحكام./ وذكرها في التوضيح في كتاب الاستلحاق عند قول ابن الحاجب: ويحد الواطيء العالم والولد رقيق ولا نسب له. وقال بعدها: وليس ذكر هذه المسائل على سبيل الحصر، بل الضابط أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت منه، وكل حد لازم [لا يسقط[2836]] بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت. انتهى. وهذه الزيادة أصلها لابن رشد في نوازله ذكر هذه المسائل الخمس في المسائل المتعلقة بالنكاح، ثم ذكر بعدها ما تقدم، ونقل الشيخ أبو الحسن كلامه في الرجم، وأشار إليه في كتاب القذف، وذكره أيضا مختصرا في أمهات الأولاد وزاد بعده ما نصه: الشيخ: في محل الملك والنكاح وهو سياق كلامه. انتهى. وزاد أيضا هذا الكلام في كتاب الرجم، وعدها في المسائل الملقوطة ثمانية ناقلا لها عن ابن عبد السلام منها الخمس المذكورة، والسادسة الرجل يشتري جارية فيولدها، ثم يقر أنها ممن تعتق عليه وأنه عالم بذلك وقت الشراء ووقت الوطء. السابعة الرجل يتزوج المرأة فتلد منه، ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثا وارتجعها قبل أن تتزوج وهو عالم بأن ذلك لا يحل. الثامنة الرجل يتزوج المرأة فيولدها، ثم يقر أن له أربع نسوة سواها وأنه تزوجها وهو يعلم أن نكاح الخامسة حرام. انتهى. وقال في المسألة

الحديث ....

[2834] - في المطبوع ثبوته وما بين المعقوفين من م93 وسيد43 والشيخ201.

[2835] - في المطبوع والحر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 249 وم93 ويحيى115 والشيخ201.

[2836] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 250 وم93 ويحيى116 والشيخ201.

نص خليل ....

متن الحطاب الخامسة وهي الرجل يتزوج أم امرأته عالما بذلك فتلد منه. قال ابن عبد السلام: وهذا إنما يصح عندي إذا لم يعلم منه أنه عالم بالتحريم إلا بعد تزويجها، وأما لو علم منه أنه عالم بالتحريم قبل نكاحه إياها فهو زنا محض لا يلحق معه الولد. انتهى. وذكر في الذخيرة منها ست مسائل ناقلا لها عن عبد الحق، عد الثانية والثالثة والخامسة والثامنة والسادسة التي ذكرها عكس الرابعة؛ وهو أن يقول اشتريتها والسيد منكر ولا بينة قال: فيحد هو والجارية إن أقام السيد على إنكاره، وعبر عن المسألة الخامسة بأن يتزوجها ويقر أنه أولدها عالما أنها ذات محرم بنسب أو رضاع أو صهر.

الفائدة الثانية: قال السهيلي في شرح السيرة في حديث الإسراء ومروره على النساء اللاتي أدخلن على الرجال ما ليس منهم من الأولاد: فإن بلغ الصبي وتابت أمه فأعلمته أنه لغير رشدة [ليستعفف[2837]] عن ميراثهم ويكف عن الاطلاع على عوراتهم، أو علم بذلك بقرينة حال وجب عليه ذلك، وإلا كان شر الثلاثة كما في الحديث في ابن الزنى أنه شر الثلاثة[1]، وقد يؤول على وجوه هذا أقربها إلى الصواب. انتهى. وقيل في تأويله: أي إذا عمل بعمل أبويه، وفي آخر باب الزنا من النوادر عن كتاب ابن حبيب قال الشعبي: ولد الزنا خير الثلاثة إذا اتقى الله. قيل له فقد قيل إنه شر الثلاثة؟ قال: هذا شيء قاله كعب لو كان شر الثلاثة لم ينتظر بأمه ولادته، وكذلك قال ابن عباس، وقال ابن مسعود إنما قيل شرهم في الدنيا ولو كان شرهم عند الله ما انتظر بأمه أن تضع، وقال عمر بن الخطاب: أكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه، وقال ابن عباس: هو عبد من عبيد الله إن أحسن جوزي وإن أساء عوقب، وقال عمر أعتقوا أولاد الزنا وأحسنوا إليهم واستوصوا بهم. اهـ. وانظر حاشيتي على مناسك الشيخ خليل عند قوله: "ولا بأس أن يحج بثمن ولد الزنا".

الحديث 1 – عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولد الزنى شر الثلاثة، الاستذكار، موسوعة شروح الموطأ، ج19 ص252. – أبو داود في سننه، كتاب العتق، ط. دار إحياء الثنة النبوية، رقم الحديث3963.

2837 *- في يحيى116 ليستعف.

فهرسة محتويات المجلد الخامس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

الحطاب

مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل

تأليف إمام المالكية في عصره:

أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي

الشهير بالحطاب 902 هـ - 954 هـ

ومعه

مختصر الشيخ خليل

تأليف الشيخ خليل بن إسحاق الجندي المالكي

(ت، 776 هـ)

بتعليق

الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي

(ت، 1349هـ)

تصحيح وتحقيق دار الرضوان للنشر

راجع التصحيح

الشيخ محمد سالم بن محمد علي بن عبد الودود (عدود) المباركي الشنقيطي

راجع تصحيح الحديث وتخريجه

الشيخ اليدالي بن الحاج أحمد اليعقوبي الشنقيطي

المقدمة بقلم الدكتور محمد بباه بن محمد ناصر

كلية الآداب - جامعة نواكشوط

المجلد الخامس

الناشر دار الرضوان لصاحبها أحمد سالك بن محمد الأمين بن ابوه

نواكشوط - موريتانيا

© حقوق النشر والطبع محفوظة للناشر

تنبيه: يمنع استنساخ هذا الكتاب أو جزء منه بأي وسيلة من وسائل الاستنساخ حديثة أو تقليدية دون إذن خطي من الناشر؛ كما لا يجوز الاستشهاد منه دون الإحالة إليه.

الإيداع القانوني رقم: 1046 – 2010
لدى المكتبة الوطنية وزارة الثقافة والشباب والرياضة
نواكشوط – موريتانيا

الناشر : دار الرضوان للنشر
لصاحبها : أحمد سالك بن محمد الأمين بن أبوه

الطبعة المحققة الأولى 1431/ 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى هَدَىٰنَا لِهَٰذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِىَ لَوْلَآ أَنْ هَدَىٰنَا ٱللَّهُ .

إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِىِّ ۚ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ صَلُّوا۟ عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا .

{ اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد اللهم بارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد } .

{ اللهم صل على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما } .

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْعِلْمِ قَآئِمًۢا بِٱلْقِسْطِ ۚ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ ﴿١٨﴾ ﴾ آل عمران: ١٨

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾ ﴾ التوبة: ١٢٢

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١١﴾ ﴾ المجادلة: ١١

{من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين} . رواه البخاري ومسلم

{إنما الأعمال بالنية} . رواه البخاري ومسلم

{إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له} . رواه مسلم

محتويـــــات الكتاب

اختصارات:

- نسخة الشيخ أحمد بن أحمذي: ن ذي؛
- نسخة الشيخ محمد عالي بن عبد الودود: ن عدود؛
- نسخة الشيخ أحمد بن حبيب بن الزائد: ن الزائد؛
- نسخة المعهد الموريتاني للبحث العلمي: م؛
- نسخة الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم: سيد؛
- نسخة الشيخ سيدي بن الهيب: الشيخ؛
- نسخة أهل مايابى (محمد الكرامي): ما يابى؛
- نسخة أهل يا متالي (محمد بن يا متالي) يم: أو مت؛
- نسخة زاوية الهامل، مدينة بوسعداة، ولاية بسكره، الجزائري: يحيى
- وضعت نجمة (*) بعد رقم الهامش للتصحيحات التي أضافتها دار الرضوان ولم تصحح من لدن الشيوخ
- وضعت خطا مائلا(/)عند بداية كل صفحة من صفحات طبعة1328هـ.
- يرد حرف الحاء هكذا: ح .. هي حاء مهملة مفردة والمختار أنها مأخوذة من التحول لتحوله من الإسناد إلى إسناد ...النووي على مسلم، ج.1، ص.38.

بعض اصطلاحات المالكية

الاخوان	الإمام	الشيخ	الشيخان	الصقليان	القاضيان	القرينان	محمد	المحمدان	المحمدون
مطرف وابن الماجشون	المازري	ابن أبي زيد	ابن أبي زيد وابن القابسي	ابن يونس وعبد الحق	ابن القصار وعبد الوهاب	أشهب وابن نافع	ابن المواز	ابن المواز وابن سحنون	ابن عبد الحكم وابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون

الاختصارات الواردة في تعليقات الشيخ محمد يحي بن ابوه الموسوي اليعقوبي على مختصر الشيخ خليل

بن: الشيخ محمد البناني
تت: التتائي
الثمان: ثمان الدرر للشيخ عبد القادر بن محمد بن محمد سالم
ح: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب
خش: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي
س: سالم السنهوري
سر: الميسر للشيخ محنض بابه بن عبيد
سق: محمد بن عرفة الدسوقي
الشارح: بهرام أبو عبد الله الدميري
شب: الشبرخيتي
ضيح: التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق
طفى: مصطفى الرماصي
عب / عبق: سيدي عبد الباقي الزرقاني
عج: علي الأجهوري
عدوي: علي بن أحمد الصعيدي العدوي
غ: محمد بن أحمد بن غازي العثماني
ق: أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق
القاموس: مجد الدين الفيروزبادي
كلمة (نص): تعني تعليقات الشيخ محمد يحي على مختصر الشيخ خليل .
ما بين المعقوفين [ ]: هو ما تم تصحيحه
المطبوع: طبعة دار السعادة 1328-1329هـ ومكتبة النجاح، ومطبعة الفكر 1978م
مق: ابن مرزوق